Aufwendungen des Geschäftsbesorgers

(Schadensersatz und Vergütung für die Verwendung von Arbeitskraft)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

AN DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

ALBERT-LUDWIGS-UNIVERSITÄT
FREIBURG IM BREISGAU

VORGELEGT VON

Joachim Lewinthal

Referendar in Berlin.

Berlin 1933.

Druck von Emil Streisand, Berlin SW 68, Friedrichstraße 16.

Referent: Professor Dr. P r i n g s h e i m.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Schrifttum.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., 1930.

Baring: Aufwendungen, Verwendungen, Einrichtungen und ihr Ersatz, Sächs. Arch., Bd. 14, S. 459, 529, 661, Bd. 15, S. 30, 133.

Bernau: In Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 229 ff.

Böckel: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers gegenüber dem Beauftragten, Ziv. A., Bd. 96, S. 376.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten II, 1 und 2, 2. Aufl., 1879 u. 1882.

Brückmann: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reichs, Bd. 9.

Carl: Der Umfang der Ansprüche des Geschäftsführers ohne Auftrag auf Ersatz seiner Aufwendungen unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach dem Ersatz der aufgewendeten Arbeitskraft. Inaug.-Diss., Halle 1908.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 7. Aufl., 1922.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Schuldverhältnisse 1902.

Dernburg: Das bürgerliche Recht II, 2, 3. Aufl., 1906.

Dernburg: Pandekten, 2. Bd., Obligationsrecht, 7. Aufl., 1903.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, I. Bd., 3. Aufl., 1930.

Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. u. 2. Aufl., 1903, Bd. 1.

Eisele: Die Haftung des Mandanten für Schaden des Mandatars, Ziv. A., Bd. 84, S. 319.

Emerich: Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1899 in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß, Bd. 4.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 9. Aufl., 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1 Enneccerus-Nipperdey, 13. Bearb. 1931; Bd. 2 Enneccerus-Lehmann, 12. Bearb. 1932; Bd. 4 Kipp-Wolff, 1925.

Fuchs: Vormundschaftsrecht 1909 aus Schmidt-Hedemann-Fuchs Komm. zum Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931.
Glück: Ausführliche Erläuterungen der Pandekten, 3. Teil 1798, 15. Teil 1813.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1. Bd., 2. Aufl., 1903, 3. Bd., 1921.
Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB 1898.
Hanau: Die Voraussetzungen, unter welchen nach gemeinem Recht der Mandant für Schaden haftet, welcher dem Mandatar bei Ausführung des Auftrages erwächst. Inaug.-Diss., Berlin 1895.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Hedemann: Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., 1931.
Hoeniger: Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, Bürg. A. Bd. 35, S. 250.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1900 in Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reichs, Bd. 6.
Jakubezky: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1892.
Ihering: Culpa in contrahendo in Iherings Jahrb., Bd. 4, S. 1 f.
Kekule: Die Schadensersatzpflicht des Mandanten nach gemeinem Recht. Inaug.-Diss., Berlin 1894.
Kohler: Die Menschenhülfe im Privatrecht. Jherings Jahrb., Bd. 25, S. 1 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Teil, 1906.
Kritz: Das Pandektenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians 1. Theil, 1. Bd., 1835.
Langenbach: Aufwendungen des Anwalts als Vormund, Leipz. Zeitschr., 1915, S. 1140.
Lenel: Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge, Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 31.
Lenel: Unentgeltliche und entgeltliche Geschäftsbesorgung, Ziv. A., Bd. 129, S. 1 ff.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, 1. Bd., 1902.
Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 6./7. Aufl., 1914.
Meisner: Das Recht der Schuldverhältnisse; Komm. zum 2. Buch des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 3. Aufl., 1928.

Moesch: Die Voraussetzungen der Ansprüche des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn. Inaug.-Diss. Greifswald, 1915.
Mommsen: Erörterungen aus dem Obligationenrecht, Heft 2.
Motive zum Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Bde. 2, 3 und 4.
Müller-Erzbach: Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, Ziv. A., Bd. 106, S. 309.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Bd., 3. Aufl., 1909.
Nevoigt: Der strafrechtliche Schutz der Arbeitskraft in Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 228, Breslau, 1927.
Oertmann: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, 2. Abt., 3. Aufl., 1929.
Opet-Blume: Das Familenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.
Orthal: Die Schadensersatzpflicht des Auftraggebers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Inaug.-Diss., Erlangen 1901.
v. Petrazycki: Die Lehre vom Einkommen vom Standpunkt des gemeinen Zivilrechts, 2. Bd.: Einkommensersatz, 1895.
v. Philippovich: Grundriß der politischen Oekonomie 1. Bd. Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 17. Aufl., 1922.
Planck: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 1, 4. Aufl. 1927; II, 2, 4. Aufl., 1928, IV, 3. Aufl. 1906.
Prölß: Arbeit als Vermögensstück in Arbeitsrecht, 1930, Sp. 203 ff.
Protokolle: Der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bde. II u. IV.
Reichsgerichtsräte: Komm. von . . . . 6./7. Aufl., 1929.
Riezler: Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich 1900 in Abhandlungen zum Privatr. und Civilproz. des Deutschen Reichs, 4. Bd.
Riezler: Arbeitskraft und Arbeitsfreiheit in ihrer privatrechtlichen Bedeutung, Bürg. A., Bd. 27, S. 219 ff.
Roeßler: Die Arbeitskraft als Rechtsgut, 1932.
Rümelin: Culpahaftung und Causalhaftung, Ziv. A., Bd. 88, S. 285.
Schollmeyer: Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, 2. Auflage, 1904.
Siméon-David: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, 1, 14./15. Aufl., 1928.
Sintenis: Das Practische Gemeine Civilrecht, 2. Bd., 3. Auflage, 1868.
Smith: Der Reichtum der Nationen, 1. Bd.
Soergel: Das BGB, Bd. 1, 4. Aufl., 1929.

Staub - Pinner - Koenige: Komm. zum HGB, 12./13. Auflage, 1926.

v. Staudinger: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch II, 1, bearb. v. A. Werner, 9. Aufl., 1930; II, 2, bearb. v. K. Kober, 9. Aufl. 1928; II, 3, bearb. v. Th. Engelmann, K. Kober, K. Geiler, 9. Aufl., 1929; IV, 2, bearb. v. Th. Engelmann, 9. Aufl. 1926.

Stammler: Die Lehre vom richtigen Recht, 1902.

Stobbe - Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechts, 3. Bd., 3. Aufl., 1899.

Sturm: Das Grundprinzip der negotiorum gestio und das Recht der positiven Institute, 1882.

v. Tuhr: Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung, 1895.

Unger: Handeln auf fremde Gefahr in Jherings Jahrb., Bd. 33, S. 299.

Warneyer: Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. u. 2. Bd., 2. Aufl., 1930.

Wehrle: Der Warencharakter der Arbeit und das heutige Recht, 1925.

Windscheid - Kipp: Lehrb. d. Pand., 2. Bd., 9. Aufl., 1906.

Zieger: Ueber die rechtliche Natur der Ansprüche aus § 1715 BGB, Sächs. A. 1913, S. 16 ff.

Übersicht.

Seite

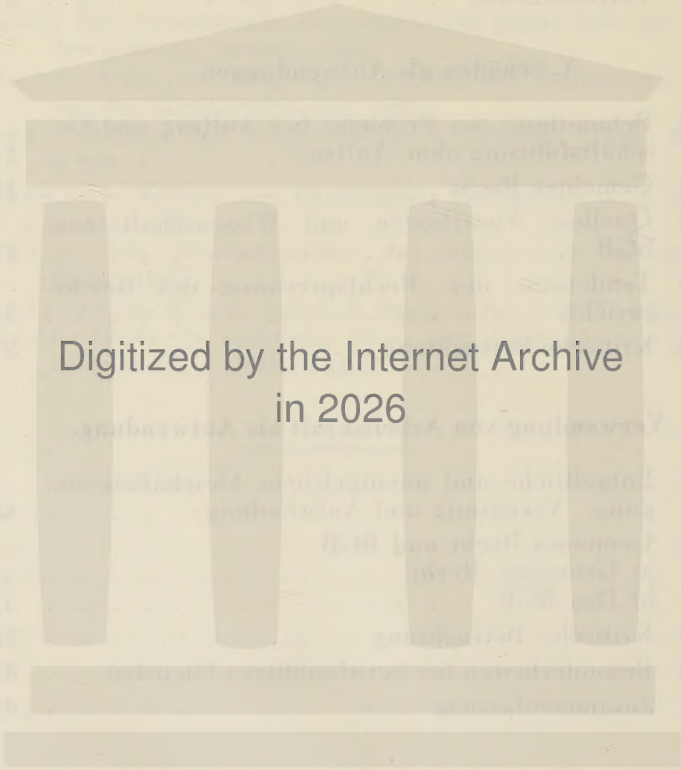
§ 1. Vorbemerkung 11

A. Schäden als Aufwendungen.

§ 2. Behandlung des Problems bei Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag 14
§ 3. Gemeines Recht 16
§ 4. Quellen, Vorarbeiten und Wissenschaft zum BGB 18
§ 5. Tendenzen der Rechtsprechung des Reichsgerichts 25
§ 6. Kritische Betrachtung 37

B. Verwendung von Arbeitskraft als Aufwendung.

§ 7. Entgeltliche und unentgeltliche Geschäftsbesorgung. Vergütung und Aufwendung 48
§ 8. Gemeines Recht und BGB
a) Gemeines Recht 48
b) Das BGB 51
§ 9. Kritische Betrachtung 55
§ 10. Besonderheiten bei berufsmäßigen Diensten . . 62
§ 11. Zusammenfassung 66



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543109_0035

§ 1. Vorbemerkung.

Da das Thema unter dem besonderen Gesichtspunkt des Aufwendungsbegriffes behandelt wird, sei zunächst hierüber gesprochen. Allgemeine Vorschriften über den Aufwendungsersatz findet man im BGB im allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse. Es sind dies die §§ 256—258. Diese Bestimmungen regeln die Art des Aufwendungsersatzes für den Fall, daß jemand aus irgendeinem Rechtsgrunde verpflichtet ist, Aufwendungen zu ersetzen. Sie sind das Gegenstück zu den §§ 249—255, die die Art des Schadensersatzes regeln, falls jemand aus irgendeinem der im ganzen BGB verstreuten Rechtsgründe sich schadensersatzpflichtig gemacht hat. In beiden Fällen hat man es also nicht mit Vorschriften zu tun, aus denen Ansprüche hergeleitet werden können, sondern die Ansprüche voraussetzen und nur den Inhalt der bestehenden Ansprüche festlegen [1]).

Um festzustellen, wann das Gesetz jemandem die Pflicht zum Aufwendungsersatz aufbürdet, muß man also bei den einzelnen Schuldverhältnissen nachforschen. Hier ist die Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen am häufigsten bei den auf Geschäftsbesorgung gerichteten Verträgen. Die wesentlichsten sind Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag. Wir finden aber auch bei anderen Geschäftsbesorgungstätigkeiten Aufwendungsersatz. Dabei sind besonders Vermögensverwaltungen und andere verwaltende Tätigkeiten zu nennen. Solche Regelungen bestehen im Gebiete des Familienrechts, z. B. im Verhältnis zwischen Vater und Kind, bei den Rechten des Vormunds und des Pflegers, im vermögensrechtlichen Verhältnis zwischen Mann und Frau; im Gebiete des Erbrechts, z. B. im Verhältnis des Erben und der Nachlaßgläubiger, des Nachlaßverwalters und des Erben, ferner beim Konkursverwalter (§§ 1648, 1686, 1835, 1915, 1387, 1390, 1978, 1991 BGB, 85, 91 KO); für andere Geschäftsbesorgungstätigkeiten bei dem auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienst- oder Werkvertrag, beim Verwahrer, bei der Gesellschaft, der

[1]) Crome S. 83, Anm. 103.

offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, beim Verein und bei der Stiftung (§§ 675, 693, 713 BGB, 110, 161 HGB, 27, 86 i. V. m., 27 BGB). Bei den der Geschäftsführung ohne Auftrag ähnlichen Tätigkeiten gibt es eine Aufwendungsersatzpflicht des Käufers, Vermieters, Entleihers, des Eigentümers gegenüber dem Finder und dem Nießbraucher, des Verpfänders, des endgültigen Erben gegenüber dem provisorischen Erben, der Nachlaßgläubiger — im Falle des Nachlaßkonkurses oder der Nachlaßverwaltung oder deren Ablehnung — gegenüber dem Erben, der vor der Erbschaftsannahme Nachlaßgeschäfte getätigt hat, ferner des Nacherben gegenüber dem Vorerben (§§ 450, 538, 547, 601, 970, 1049, 1216, 1959, 1978, 1991, 2124, 2125, vgl. a. 2185 BGB).

Bei entgeltlichen Verträgen (Dienst- und Werkvertrag) spielt der Aufwendungsersatz nur eine Rolle, wenn sie eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Die Tatsache, daß der auf Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- oder Werkvertrag anders behandelt wird als der einfache Vertrag, hat naturgemäß das Bedürfnis entstehen lassen, den Begriff der Geschäftsbesorgung zu definieren. Die einen meinen mit Recht, er sei enger zu begrenzen als der gewöhnliche Dienstvertrag [2]). Denn wenn man »Dienstvertrag« und »auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag« gegenüberstelle, so sei das Letztere dem Ersteren gegenüber eine Einschränkung [3]). Geschäftsbesorgung sei eine selbständige, verwaltende Tätigkeit, oder eine rechtsgeschäftliche Tätigkeit im Gegensatz zu tatsächlichen Handlungen. Andere wieder [4]) leugnen das Vorhandensein eines besonderen Geschäftsbesorgungsbegriffs, da keine Anhaltspunkte für eine Unterscheidung zwischen einfacher und verwaltender Tätigkeit zu finden seien [5]). Heck [6]) will eine Geschäftsbesorgung dann annehmen, wenn Rechtsfolgen entstehen, die auf den Geschäftsherrn abgewälzt werden. Dieser Ansicht ist beizutreten, da der Sprachgebrauch unter Besorgung fremder Geschäfte nicht bloß

[2]) Oertmann § 675, 1 b γ; Staudinger-Engelmann § 675 II b; Plank § 675, 2; Staub-Koenige § 362 Anm. 2; Ennecc.-Lehmann § 161, I; Cosack S. 593; Crome S. 613; Siméon-David S. 501; Lenel Jherings Jahrb. 44 S. 35 ff; Bernau S. 231, 233.

[3]) Hierfür spricht auch die unterschiedliche Behandlung im Konkurs: vgl. § 22 I mit § 23 II KO, ferner § 27 KO.

[4]) Z. B. Matthiass S. 549; Hachenburg S. 13 ff; Lenel Ziv. Arch. 129 S. 8 ff.

[5]) So auch Heck S. 352.

[6]) S. 353.

verwaltende oder rechtsgeschäftliche Akte versteht, sondern auch andere Handlungen, die im fremden Interesse getätigt werden. Diese genannte »Folgenabwälzung« muß da eintreten, wo die Interessen der einen oder anderen Partei durch den Vertrag nicht schon voll gedeckt sind, da sich die wechselseitigen Ansprüche im Gegensatz zum gewöhnlichen Dienstvertrag vorher nicht genau fixieren lassen. Eine solche Abwälzung ist vornehmlich der Aufwendungsersatz.

Weiter erhebt sich die Frage, ob der Begriff der Geschäftsbesorgung beim Auftrag in § 662 derselbe ist wie in § 675[7]), mit anderen Worten ob unter § 662 nur Geschäfte fallen, die im Falle der Entgeltlichkeit nach § 675 zu behandeln wären oder auch solche, die in diesem Fall gewöhnliche Dienst- oder Werkverträge wären[8]). Der letzteren Ansicht ist der Vorzug zu geben. Der Ausdruck »Geschäftsbesorgung« in § 662 kann nicht in dem technischen Sinne verstanden werden, wie in § 675, denn andernfalls hätte man keine Möglichkeit, eine rechtliche Bindung für den nicht geschäftsbesorgungsmäßigen Auftrag zu finden. Zwar ist zuzugeben, daß es sich in den fraglichen Fällen oft gar nicht um rechtliche Bindungen handeln wird — wenn ich jemanden beauftrage, mir einen Nagel in die Wand zu schlagen, so liegt eine bloße Gefälligkeit vor — aber das Bedürfnis kann doch aufkommen, einen dem entgeltlichen Vertrag entsprechenden Zustand herbeizuführen, mit Ausnahme eben des Entgelts[9]). Hier müssen die Auftragsvorschriften zur Anwendung kommen, soweit sie nicht nur auf die Geschäftsbesorgung im technischen Sinne passen[10]). Wir haben also unter Geschäftsbesorgung in § 662 etwas anderes zu verstehen, als im § 675: sie umfaßt in § 662 nicht nur die Vertragsart des § 675, sondern auch den einfachen Dienst- oder Werkvertrag für den Fall der Unentgeltlichkeit.

Man findet im BGB Ausdrücke, die eine gewisse inhaltliche Aehnlichkeit mit dem Worte Aufwendungen aufweisen. Das sind die Worte »Kosten«, »Auslagen« und »Verwendungen«. Wie sie sich zum Begriff der Aufwendungen verhalten, muß eine Definition zeigen. Der Aufwendungsbegriff

---

[7]) Lenel Jahrb. S. 41; Bernau S. 234. 235; Cosack § 215 I. Crome S. 628 Text u. Anm. 5; Oertmann 2aβ vor § 662 i. Gegens. zur 1. Aufl.

[8]) Enneccerus-Lehmann § 157 I; Plank II vor § 662.

[9]) Zu beachten sind die §§ 612, 632 BGB; vgl. Isay S. 146.

[10]) Natürlich kann auch vertraglich vereinbart sein, daß die Normen des Dienstvertrages anwendbar sein sollen.

ist im Schrifttum auffallend wenig behandelt. Wie das Gesetz verläßt sich wohl auch die Wissenschaft auf den Sprachgebrauch. Aufwendung ist die auf freiem Willen beruhende Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines Zwecks [11]). Auslagen und Kosten werden dem gleichbedeutend erachtet, wenngleich man unter Kosten im Leben wohl auch unfreiwillige Ausgaben verstehen mag [12]). Verwendungen sind die zur physischen Erhaltung einer Sache gemachten Aufwendungen. Es sind Aufwendungen auf eine Sache. Das geht aus dem Wortlaut des § 2381 hervor: In Abs. I wird die Ersatzpflicht des Erbschaftskäufers für Verwendungen statuiert, in Abs. II fährt das Gesetz dann fort: für »andere« Aufwendungen solle in anderem Umfang Ersatz geleistet werden. Man erkennt daran, daß die Verwendungen nur eine bestimmt begrenzte Art von Aufwendungen sind; während den Aufwendungen ein beliebiger Zweck wesentlich ist, ist es bei den Verwendungen nur der auf die Sache gerichtete Zweck [13]).

Es sei gleich zu Anfang bemerkt, daß der Aufwendungsbegriff in allen vorkommenden Fällen mangels abweichender Bestimmung einheitlich aufzufassen ist.

A. Schaden als Aufwendung.

§ 2. Behandlung des Problems bei Auftrag und Geschäftsführung ohne Auftrag.

Der erste Teil dieser Arbeit dient der Untersuchung, ob Schäden unter den Begriff der Aufwendungen fallen können. Das Problem ist bisher nicht bei § 256, der die Aufwendungen allgemein behandelt, sondern nur bei den Ansprüchen des Beauftragten und Geschäftsführers ohne Auftrag erörtert worden. Da die Frage hier auch meistens auftaucht, sei im folgenden ebenso verfahren. Es soll daher zunächst gezeigt werden, wann das Bedürfnis aufkommen kann, dem Beauftragten oder dem Geschäftsführer unter dem Gesichtspunkt

---

[11]) Baring Bd. 14 S. 462; Böckel S. 399, 400; Protokolle II S. 368; RGRK § 256, 1; Staudinger-Engelmann § 670, 1a; Warneyer § 670 II; Soergel § 670, 1; Neumann § 670, 1; Achilles-Greiff § 670, 1; OLG Hamm in Seuff. A. 75 S. 232.

[12]) Baring S. 463, 473.

[13]) Baring S. 464; Staudinger-Werner § 256, 1a; RGRK § 256, 1; Motive III S. 411: »Unter Verwendungen auf die Sache sind solche Geschäfte zu verstehen, deren wirtschaftlicher Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt«.

der Aufwendungen den ihm bei der Auftragsausführung entstandenen Schaden zu ersetzen.

Es bedarf keiner Erläuterungen, welche Rechte und Pflichten sich für die Vertragspartner ergeben, sobald dem einen oder anderen Teil ein Verschulden zur Last fällt. Ein Verschulden des Beauftragten gegenüber dem Auftraggeber interessiert hier ohnehin nicht. Auch die Fälle des Verschuldens des Auftraggebers spielen für das Thema keine Rolle, sollen jedoch zwecks Abgrenzung des Problems kurz gestreift werden. Der Auftraggeber haftet bei Verschulden dem Beauftragten, wenn diesem infolge des Verschuldens ein Schaden erwächst. Der wesentlichste Fall ist der, daß der Auftraggeber es unterläßt, den Beauftragten auf eine besondere, mit dem Auftrag verbundene Gefahr aufmerksam zu machen; man beauftragt z. B. einen Missionar, eine gefährliche Gegend zu bearbeiten, macht ihm aber von der Gefährlichkeit keine Mitteilung. Der Auftraggeber haftet hier unstreitig nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 276, 823); ebenso unstreitig ist die Anwendbarkeit des § 254 bei mitwirkendem Verschulden des Beauftragten [14]). Wie ist es aber, wenn weder den Mandanten noch den Mandatar ein Verschulden trifft? Bei der Beantwortung der Frage soll von den Möglichkeiten ausdrücklicher oder stillschweigender Garantieübernahme abgesehen werden, da sich diese aus dem Sachverhalt des Einzelfalls ergibt. Dogmatische Bedeutung kann die Annahme stillschweigender Garantieübernahme nur insoweit haben, als man sie zum wesentlichen Bestandteil des Auftrags überhaupt erklären würde. Diese Ansicht ist jedoch nicht annehmbar. Sie entspricht nicht der Auffassung des gemeinen Rechts vom Auftrag, und das BGB hat nicht zu erkennen gegeben, daß es hiervon abweichen will. Eine Garantie muß entweder ausdrücklich im Gesetz enthalten oder aus den Tatbestandsmerkmalen des Einzelfalls erkennbar sein [15]). Zum Begriff des Auftrags gehört also eine solche Garantie nicht. Die entgegengesetzte Ansicht würde im übrigen selbst für diejenigen, die sie billigen, bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht weiter führen, da dort jedenfalls vertragliche Vereinbarungen niemals fingiert werden können [16]).

---

[14]) Staudinger-Engelmann § 670, 6; Warneyer § 670 II; Oertmann § 670, 3 b α; Planck § 670, 5; Schollmeyer S. 123; Matthiaß S. 348; Goldmann-Lilienthal S. 698; Endemann S. 1085, Anm. 21; Crome S. 618; Böckel S. 305; Protokolle II S. 369; RG Recht 1920, Nr. 1197.

[15]) Böckel S. 420 ff; aus der Praxis vgl. bes. Gruchot 68 S. 313.

[16]) Moesch S. 56.

§ 3. Gemeines Recht.

Die Frage, ob der Beauftragte von dem Auftraggeber für die ihn bei der Auftragsausführung zufällig treffenden Schäden haftet, ist bestritten. Der Streit bestand schon im gemeinen Recht. Die dabei entwickelten Lehren haben auch Einfluß auf die heutige Wissenschaft behalten. Deshalb sei zunächst eine kurze Uebersicht über die gemeinrechtlichen Ansichten vorangestellt, wobei auf eine Darstellung der einzelnen Argumente und auf eine Kritik verzichtet werden muß.

Die Anhaltspunkte zur Beurteilung des Problems waren zwei Digestenstellen. Die eine, (47, 2) 62 (61) § 5, stammt von Africanus, die andere, (17, 1) 26 § 7 von Paulus. Um diese beiden Stellen kristallisierten sich die Ansichten der Schriftsteller[17]). Offenbar widersprechen sich die beiden Aussprüche[18]). Die sinngemäße Auslegung bereitete Schwierigkeiten, da man einerseits der im Corpus juris unter dem Titel de diversis regulis juris[19]) zu findenden Regel: »casus a nullo praestantur«, andererseits dem Satz des Africanus: »nemini officium suum damnosum esse« gerecht werden wollte. Demgemäß standen sich verschiedene Meinungen gegenüber. Man kann hier 3 Gruppen unterscheiden. Die erste wollte über die Ansicht des Africanus hinausgehend die Haftung des Mandanten auch für zufällige Schäden, die zweite verneinte jede Haftung außerhalb des Verschuldens, wobei der Verschuldensbegriff wie bei allen anderen Schuldverhältnissen aufgefaßt werden sollte, die dritte Gruppe folgte keiner der beiden Ansichten, sondern hielt sich in der Mitte.

Die Ansicht, daß jeder zufällige Schaden vom Mandanten zu ersetzen sei, wurde mit Billigkeitsrücksichten begründet. Da der Beauftragte seine Person für fremde Interessen zur Verfügung stelle, sei es ein Gebot der aequitas, daß derjenige, der den Vorteil hat, auch das Risiko trage. Die Vertreter dieser Ansicht waren Accursius, Cujacius und Faber[20]). Auch Eisele[21]) gehört hierher, der den Mandanten bei Verursachung des Schadens durch das Mandat haften lassen will, wenn es

[17]) Ausführliche Untersuchungen bei Hanau und Kekule.

[18]) Isay S. 150 bemüht sich, den Widerspruch zu beseitigen.

[19]) D (50, 17) 23.

[20]) Zitiert bei Unger S. 328.

[21]) S. 348; auch Kekule S. 42: »Der Mandant muß daher allen Schaden vergüten, der sich auf das Mandat als seine tatsächliche Veranlassung mit Sicherheit zurückführen läßt«.

die Billigkeit im Einzelfall erfordert. Das Mandat soll aber dann nicht als Verursachung gelten, wenn der Mandatar selbständig in die Kausalreihe eingreift. Durch die auf selbständiger Entschließung beruhende Tätigkeit wird der Mandant als Verursacher vom Mandatar abgelöst [22]).

Die Theorie, die die allgemeinen Verschuldensgrundsätze für die Haftung des Auftraggebers zur Anwendung bringen wollte und deshalb eine Haftung ohne Verschulden des Mandanten ablehnte, war im gemeinen Recht herrschend. Sie wurde vertreten von Kritz [23]) und Windscheid [24]). Auch von Dernburg [25]) und Glück [26]), der aber den Verschuldensbegriff für das Mandat verschärft wissen will [27]).

Die dritte Gruppe endlich bemüht sich, weder die Haftung bei Verschulden ohne weiteres anzunehmen, noch sie bei mangelndem Verschulden ganz zu versagen. Das geschieht teils durch eine besondere Auslegung des Verschuldensbegriffs, wie es Jhering versucht hat. In seiner Abhandlung culpa in contrahendo [28]) behauptet er, beim Mandat habe aus Billigkeitsgründen der Satz gegolten, daß der Mandant dem Mandatar den Schaden ersetzen müsse, der ihm durch das Geschäft, nicht bloß bei Gelegenheit der Ausführung entstanden sei. Von anderen wird eine Haftung dann angenommen, wenn der Schaden aus Inhalt oder Wesen des Auftrags herrührt. Fr. Mommsen [29]) nimmt eine Haftung ohne Rücksicht auf culpa an, wenn der Schaden aus dem bestimmten Inhalt des Mandats herrührt. Hat der Schaden hierin seinen Grund, so soll der Mandant auch für Zufall haften. Im übrigen kommt eine Haftung nur wegen Verschuldens in Betracht. Der Mandant haftet also auch nicht für Schäden, die nur durch die besondere Art der Ausführung hervorgebracht worden sind. Nicht wie Mommsen auf die Art der Instruktionen, sondern auf das Wesen des Auftrags stellen es Unger [30]) und Hanau [31]) ab. Sie unterscheiden, ob der Schaden »ex

---

[22]) S. 352 f.
[23]) Kap. 4 § 4.
[24]) S. 804.
[25]) Pand. II § 116, 2 b.
[26]) Bd. 15 S. 308: »wenn auch nur durch die geringste Schuld des Mandanten«.
[27]) Vgl. auch ROHG Seuff. A. 31 S. 426.
[28]) Jherings Jahrb. Bd. IV S. 37.
[29]) Erörterungen S. 62.
[30]) S. 329 ff.; kritisch Böckel S. 425.
[31]) S. 63.

occasione« oder »ex natura (causa) mandati« eingetreten ist[32]). Der auf dem Wesen des besonderen Mandats, auf einem inneren Moment als Veranlassung beruhende Schaden, müsse ersetzt werden, nicht aber der nur bei Gelegenheit der Ausführung entstandene Schaden. Es soll demgemäß für jeden Schaden gehaftet werden, der eine Folge der Ausführung des Auftrages ist.

Es wurde schon gesagt, daß die herrschende Meinung eine Haftung nur im Falle des wie überall aufzufassenden Verschuldens annahm, sich im übrigen aber einer Haftung gegenüber ablehnend verhielt. Mit dieser Auffassung hatte man es also zur Zeit des Inkrafttretens des BGB zu tun[33]).

§ 4. Quellen, Vorarbeiten und Wissenschaft des BGB.

Das BGB hat den Streit nicht entschieden. Es nimmt zu dem Problem überhaupt keine Stellung. Das HGB gewährt in § 110 dem offenen Handelsgesellschafter Ersatz für die mit der Geschäftsführung unzertrennlich zusammenhängenden Verluste[34]). Nichts dergleichen findet man im BGB, weder bei den Vorschriften über die Gesellschaft, noch beim Auftrag.

Wie die Vorarbeiten zum BGB zeigen, hat man jedoch an die Frage gedacht. Schon frühere Rechte enthielten eine Regelung. Das waren vor allem das Preußische ALR und der Code civil. Die §§ 80, 81 I 13 ALR lauten folgendermaßen:

»§ 80. Unglücksfälle, welche den Bevollmächtigten bei Ausrichtung des Geschäftes treffen, ist der Machtgeber nur insofern zu vergüten schuldig, als er dazu auch nur durch geringes Versehen Anlaß gegeben hat. § 81. Doch muß der bloß zufällige Schaden auch alsdann vergütet werden, wenn der Bevollmächtigte die bestimmte Vorschrift des Machtgebers, ohne sich der Gefahr einer solchen Beschädigung auszusetzen, nicht hat befolgen können.«

Der Code civil schreibt entsprechend dem alten deutschen Recht[35]) in Artikel 2000 vor:

---

[32]) Im Anschluß an ältere französische Lehren, s. Unger S. 329. Anm. 79.

[33]) S. Protokolle II, S. 367.

[34]) Ebenso § 93 des alten HGB.

[35]) Stobbe-Lehmann III S. 295.

»Le mandant doit aussi indemniser le mandataire des pertes que celui-ci a essuyées à l'occasion de sa gestion, sans imprudence qui lui soit imputable.«

Der erste Entwurf zum BGB enthielt keine Regelung von Schadensersatzansprüchen des Beauftragten. Eine ausdrückliche Regelung wurde abgelehnt, da die in Betracht kommenden Fälle zu verschieden seien, um generelle Linien zu ihrer Beurteilung festlegen zu können[36]). In der zweiten Kommission zur Beratung des BGB-Entwurfes wurde ähnlich dem französischen Recht vorgeschlagen, dem Beauftragten einen Ersatz für diejenigen Verluste zu gewähren, die er aus unzertrennlich mit der Geschäftsbesorgung zusammenhängenden Gefahren erleidet. Zur Begründung wurde geltend gemacht, die Ersatzpflicht des Auftraggebers müßte innerhalb der vom HGB gezogenen Schranken anerkannt werden, da sich sonst für den Auftrag und die Gesellschaft des BGB eine durch nichts begründete Abweichung von der OHG ergeben würde. Diese Regelung entspreche auch der heutigen Rechtsauffassung. Die Gefahr würde den Auftraggeber getroffen haben, wenn nicht der Beauftragte das Geschäft statt seiner besorgt hätte. Weil der Auftrag aus Gefälligkeit besorgt wird, könne der Beauftragte nicht auch noch mit der Gefahr belastet werden[37]). Die dahin zielenden Anträge wurden aber abgelehnt[38]). Dabei wurde auch von einem antragsfeindlichen Kommissionsmitglied die uns besonders interessierende Ansicht geäußert, daß die Vorschriften über den Aufwendungsersatz vielfach zu dem gleichen Ergebnis führen würden, wie der abgelehnte Antrag. »Denn wer einen Auftrag übernehme, stelle gewissermaßen seine ganze Persönlichkeit zum Zweck der Erfüllung des Auftrags in den Dienst des Auftraggebers. Erleide er hierbei an seiner Gesundheit einen Schaden, so opfere er ein Rechtsgut auf und für dieses Opfer könne er, soweit dies möglich sei, ebensogut Ersatz fordern wie für gewisse Vermögensaufwendungen. Man könne auch nicht sagen, es handele sich in einem

[36]) Motive II S. 541, ebenso für die Gesellschaft S. 609.

[37]) Prot. II S. 368.

[38]) Hauptantrag, Prot. II S. 366: »Der Auftraggeber ist verpflichtet, dem Beauftragten für die Verluste, welcher dieser unmittelbar durch die Geschäftsbesorgung oder aus Gefahren erleidet, die von derselben unzertrennlich sind, Ersatz zu leisten«; Unterantrag, Prot. II S. 367: »Für Verluste, welche der Beauftragte aus Gefahren erleidet, die nach dem bestimmten Inhalt des Auftrags (vgl. Mommsen!) von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind, hat der Auftraggeber dem Beauftragten Ersatz zu leisten«.

solchen Fall nicht um Aufwendungen, weil die Einbuße, die der Beauftragte erleide, von ihm nicht vorsätzlich herbeigeführt worden sei; die Handlung, mit der die Gefahr verbunden sei, habe der Beauftragte vorsätzlich vorgenommen, und es sei für seinen Regreßanspruch der Umstand gleichgültig, daß er die Gefahr nicht gekannt habe. Habe der Beauftragte im Interesse des Auftrages Verbindlichkeiten übernommen, so müsse ihn der Auftraggeber von den Verpflichtungen befreien, auch wenn er bei Uebernahme der Verpflichtung über deren Umfang nicht vollständig unterrichtet gewesen sei. — Verneine man die Anwendung der Kategorie der Aufwendungen auf die in Rede stehenden Ansprüche, so ziehe man dem Begriff der Aufwendungen zu enge Grenzen.« [39]). Der Antrag wurde abgelehnt, und so blieb es der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, die Frage zu klären.

Da das Gesetz zu der Frage keine Stellung genommen hat, erhob sich der Streit in der Wissenschaft von neuem. Es bildeten sich zwei große Gruppen heraus, von denen die eine jede Haftung des Auftraggebers für zufällige Schäden ablehnt, die andere sie dagegen in mehr oder minder großem Umfang bejaht.

Die Ablehnung jeder Haftung außerhalb des Verschuldens des Auftraggebers entspricht der im Schrifttum herrschenden Meinung [40]). Sie wird verschieden begründet. Es wird auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes Bezug genommen. Danach sei die Haftung außerhalb der allgemeinen Verschuldensgrundsätze verneint worden, wie die Ablehnung der erwähnten Anträge zeige. Die allgemeinen Grundsätze des Schuldrechts enthalten den Fundamentalsatz, daß kein Schuldner, der bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch Zufall Schaden erleidet, von dem Gläubiger hierfür Ersatz erhalten könne [41]). Dieses selbstverständliche Prinzip galt schon in Rom: casus a nullo praestantur [42]). Eine andere Entscheidung würde dem im BGB herrschenden Verschul-

---

[39]) Prot. II S. 369.

[40]) Staudinger-Engelmann § 670, 6; Planck § 670, 5; Warneyer § 670 II; Isay S. 148 ff; Böckel S. 402 ff; Rümelin S. 313, 314; Achilles-Greiff § 670, 3; Matthiaß S. 348; Goldmann-Lilienthal S. 698 Text und Anm. 4; Windscheid S. 804; Moesch S. 58; Endemann S. 1085, Anm. 21: »Der Beauftragte mag die drohenden Gefahren vorher abmessen und danach erwägen, ob er den Auftrag annehmen will oder nicht«.

[41]) Schollmeyer S. 123; Mot. II, S. 609.

[42]) Oben S. 16.

densprinzip widersprechen. Das BGB kennt generell überhaupt nur eine Schadensersatzpflicht bei Verschulden. Das zeigt deutlich das Recht der unerlaubten Handlungen. Allerdings findet man gerade hier Fälle, in denen eine Haftung ohne Verschulden stattfindet, sogenannte Gefährdungshaftung, z. B. in § 833 BGB, § 1 Haftpflichtgesetz[43]): jedoch das seien Ausnahmefälle, und Ausnahmen bestätigen die Regel[44]).

Schließlich sei auch die Konstruktion der Gegenmeinung unhaltbar, daß man gewisse auf Zufall beruhende Schäden unter den Begriff der Aufwendung bringen könne, die der Auftraggeber nach § 670 ersetzen müßte, da Schaden und Aufwendung begrifflich verschieden seien. Unter Schaden versteht man jede unfreiwillige Minderung oder Beeinträchtigung des Vermögens des Verletzten. Aufwendung dagegen ist die freiwillige Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines Zwecks[45]). Schaden erleidet man, Aufwendungen macht man[46]). Aus dieser begrifflichen Verschiedenheit ergibt sich auch eine Verschiedenheit in der Art des Ersatzes. Beim Schadensersatz vergleiche man die Differenz des Gesamtvermögens vor und nach Eintritt des schädigenden Ereignisses. Beim Aufwendungsersatz dagegen werde nur der Wert des aufgewendeten einzelnen Gegenstandes betrachtet[47]). Selbst wenn sich der Beauftragte aber bewußt einer Gefährdung aussetzt, so tritt doch der Schaden wider seinen Willen ein und deshalb liegt keine Aufwendung vor[48]).

Die Schriftsteller, die eine Haftung des Auftraggebers für von seinem Verschulden unabhängige Schäden bejahen[49]), führen demgegenüber verschiedene Gründe an. Es wird gesagt, daß für die Entscheidung die Interessenlage der Parteien in erster Linie ausschlaggebend sei[50]). Das Geschäft

---

[43]) Vgl. auch § 701 BGB und viele andere Fälle.

[44]) Böckel S. 401 ff., 407 ff.; Staudinger-Engelmann § 670. 6.

[45]) Böckel S. 403 ff.; Warneyer § 670 II; Isay S. 149, 155; v. Tuhr S. 34; OLGE (Stuttgart) 14 S. 59; Moesch S. 51 f.

[46]) Böckel S. 403, §§ 307, 701, 1298, — 1429, 1618, 1648, 1835 BGB.

[47]) Isay S. 149; Böckel S. 405.

[48]) Planck § 670, 5; OLG Hamm Seuff. A. 73, S. 232; Böckel S. 149; Moesch S. 53.

[49]) Dernburg § 297 III; Stammler S. 339 ff.; Eck S. 335; Heck S. 354; Düringer-Hachenburg § 59, Anm. 33; Crome S. 618; Ennecc.-Lehmann § 159, 4; Oertmann § 670, 3b β; Orthal S. 36.

[50]) So vor allem Müller-Erzbach S. 461, nach dem der »Interessent« den Schaden tragen müßte.

werde ausschließlich im Interesse des Auftraggebers besorgt, er müsse deshalb auch den ganzen Schaden tragen. Der Schaden würde ihn getroffen haben, wenn nicht die Tätigkeit des Mandatars dazwischen geschaltet worden wäre. Der Beauftragte stelle unentgeltlich seine Dienste zur Verfügung; deshalb könne er nicht außerdem noch mit dem Risiko belastet werden. Das widerspräche dem § 242[51]). Man darf nicht einfach die Haftung des Mandanten für Zufall schlechthin ablehnen, sondern müsse unterscheiden, ob der Zufall von der Auftragsausführung gänzlich unabhängig sei oder durch die besondere Art des Mandats bedingt werde, mit ihm von selbst verbunden sei[52]). Brückmann[53]) bezeichnet als Abgrenzungsmerkmal für Zufälle, die eine Haftung auslösen sollen und solche, die es nicht tun, die einzelne Ausführungshandlung. »Es kommt darauf an, ob der Zufall auf ein inneres Moment der zweckdienlichen Ausführungshandlung zurückzuführen ist«. Dernburg[54]) unterscheidet zwischen Schäden, die sich unmittelbar aus der Auftragsausführung ergeben und solchen, die sich bloß anknüpfen. Crome[55]) unterscheidet, ob der Schaden dem Geschäftsführer aus der Besorgung des Geschäfts selbst innerhalb der Anweisungen des Herrn entstanden ist, oder bloß gelegentlich dieser Ausführungen. Nur im letzteren Fall seien die Erwägungen der herrschenden Lehre zu billigen, im ersteren dagegen führen die Interessenabwägungen zum entgegengesetzten Ergebnis. Die Vertreter dieser Ansicht führen als Argument weiter den § 110 HGB an, der gerade eine Ersatzpflicht für die unzertrennlich mit dem Auftrag verbundenen Gefahren festsetze. Auch die Erwägungen der gleichgerichteten gemeinrechtlichen Wissenschaft und die Regelung des ALR sprechen dafür. Eine solche Entscheidung stehe übrigens mit der Herausgabepflicht des Beauftragten (§ 667 BGB) besser im Einklang; wie aller Gewinn aus der Geschäftsbesorgung herausgegeben werde, so müsse auch aller Schaden aus ihr ausgeglichen werden[56]).

Von diesen Schriftstellern versuchen einige dem Mandatar einen Ersatzanspruch zu gewähren, indem sie den dem

---

[51]) So Dernburg und Crome a. a. O.

[52]) Soergel § 670, 6; RGRK § 670, 2; s. unten § 6 die Judikatur des RG.

[53]) S. 211.

[54]) a. a. O.

[55]) S. 618.

[56]) Jakubezky S. 142 zu § 595; Prot. II S. 368; Crome S. 618, Anm. 51.

konkreten Auftrag mit Notwendigkeit entspringenden Schaden als zu den Aufwendungen gehörig ansehen, die gemäß § 670 zu ersetzen sind[57]).

Das dem Schaden wesentliche Moment der Unfreiwilligkeit komme in Fortfall, wenn es sich um Schäden handele, die mit der Auftragsausführung notwendig verbunden, mit größter Wahrscheinlichkeit zu erwarten und deshalb auch von beiden Seiten vorauszusehen waren[58]).

Aufwendung bedeutet nach Enneccerus-Lehmann nicht nur Hingabe, Aufopferung von Vermögenswerten. Es genüge, wenn man ein Gut bewußt einer Gefährdung aussetzt. Wenn es dann verloren geht oder beschädigt wird, so geschehe das zwar gegen den Willen des Geschäftsbesorgers. Eine Aufwendung liege dennoch vor, denn das wesentliche sei, daß man es freiwillig gefährdet hat. Im Augenblick des Verlustes brauche diese Freiwilligkeit nicht vorzuliegen. Zu den Aufwendungen gehören weiter auch die als notwendige Folge der Auftragsausführung eintretenden Schäden. Soweit aber mit dem Schadenseintritt nicht zu rechnen ist, komme kein Ersatz in Betracht[59]).

Nach Stammler[60]) muß im Falle eines Schadens des Beauftragten immer erst untersucht werden, ob der Schaden als Aufwendung ersetzt werden könne.

Aehnlich wie Enneccerus meint Orthal[61]) im Anschluß an die Beratungen des BGB, daß es genüge, wenn die gefahrbringende Handlung vorsätzlich vorgenommen worden ist. Es sei dann gleichgültig, ob man die Gefahr gekannt habe. Auch sprachlich stehe nichts im Wege, sowohl die ex mandato als die pro mandato erwachsenen Ausgaben als Aufwendungen anzusehen.

Auch nach Brückmann[62]) ist dieser Schaden dem Aufwendungsbegriff unterzuordnen. Dabei fordert er zunächst,

---

[57]) Ennecc., RGRK, Brückmann, Orthal, Stammler, Eck, Oertmann, Düringer-Hachenburg im Anschluß an Reichsarbeitsblatt 1907 S. 78.

[58]) RGRK § 670, 2.

[59]) § 159, 4; auch nach Schollmeyer S. 124 reicht eine Gefährdung aus; vgl. Hoeniger S. 274; Isay S. 149: »wenn der Gestor ein Gut bewußt einer Gefährdung aussetzt, so liegt hier im Falle des Eintritts der Gefahr kein Verlust, sondern eine Aufwendung vor«, S. 153: »ist bewußte Uebernahme einer Gefährdung seitens des Gestors eine Aufwendung«.

[60]) S. 339.

[61]) S. 36.

[62]) S. 192 ff.

daß die den Schaden verursachende Handlung für den Mandatar durch die Sachlage geboten gewesen sein soll, da nach § 670 nur die »erforderlichen« Aufwendungen ersetzt werden. Hiermit sei die innere Verbundenheit des Schadens mit dem Mandat gegeben [63]). Wenn nun ein derartig begrenzter Schaden nicht als Aufwendung angesehen werden könne, so sei es unmöglich, überhaupt eine Haftung zu konstruieren [64]). Der Schaden sei aber eine Aufwendung, denn das sei jeder Verlust, der aus einer Handlung herrühre, die den Beauftragten dem Auftragsziel näher bringe. Auf welche Art dabei eine Vermögensminderung eintrete, sei eine höchst sekundäre Frage. »Jedwede Handlung, die ihn diesem (Ziele) näherbringt, liegt im Rahmen der übernommenen Aufgaben, und es ist nicht charakteristisch für die einzelnen Handlungen und ihnen nichts Eigentümliches, daß die eine Kosten verursacht, die andere aber nicht« [65]). Genau so, wie der Beauftragte die Kosten aus irgendwelchen Handlungen trage, ohne sie genau vorher übersehen zu haben, übernehme er auch den Schaden. In beiden Fällen habe er, was maßgebend sei, die primär verursachende Handlung gewollt.

Oertmann will derartigen an das Mandat gebundenen Schaden als Aufwendung ansehen. Ausgehend von dem begrifflichen Unterschied zwischen Schaden und Aufwendung [66]) betont er, daß dieser Unterschied sich in den genannten Fällen, d. h. bei unzertrennlichen Gefahren, verflüchtigen könne, da auch die erforderlich werdenden Aufwendungen im Einzelfall manchmal ebensowenig vorhergesehen werden, wie die Schäden. »Derartige Schäden ... werden zu Unkosten, Spesen, deren Notwendigkeit sich aus dem Auftrag bereits als selbstverständliche oder doch ohne weiteres mit in den Kauf genommene Folge ergibt [67]). Das Lösegeld für Räuber bei der Fahrt in eine gefährliche Gegend müsse ebenso betrachtet werden, wie das unvorhergesehen nötig werdende Brückengeld. Beides sei vom Auftraggeber zu ersetzen.

Eck [68]) gibt folgendes Beispiel: Jemand erhält den Auftrag, in ein brennendes Haus zu eilen, um etwas zu retten. Dabei wird er verletzt. Dieser Schaden sei eine Aufwendung. Die Ausführungen Ecks hierzu sind jedoch wider-

[63]) S. 199, 211.
[64]) S. 193.
[65]) S. 196.
[66]) § 670, 3 b β.
[67]) a. a. O.
[68]) S. 535.

spruchsvoll, denn er führt diesen Fall als Beispiel dafür an, daß der Auftraggeber von vornherein ein gewisses Risiko übernimmt. Ob eine Aufwendung vorliegt, kann aber nicht nach dem Vorliegen einer Garantieabrede beurteilt werden, sondern die Frage ist begrifflich zu entscheiden. Wenn eine Garantieübernahme vorliegt, braucht man nicht auf den Aufwendungsbegriff zurückzugreifen, da sie schon eine selbständige vertragliche Ersatzverpflichtung erzeugt. Und umgekehrt interessiert beim Vorliegen einer Aufwendung zur Auftragsausführung nicht, ob eine Garantieabrede vorhanden ist.

Zum Schluß muß darauf hingewiesen werden, daß man auch eine analoge Anwendung des § 670 auf diese Schäden vorgeschlagen hat, um den begrifflichen Gegensatz zwischen Schaden und Aufwendung zu wahren [69]).

§ 5. Tendenzen der Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Die Entwicklung der Wissenschaft zu unserem Problem ist schon des öfteren ausführlich dargestellt worden. Diese Arbeiten stammen aber meistens aus einer Zeit, als das Reichsgericht zu der Frage noch nicht häufig Stellung genommen hatte. Das ist indessen geschehen, und es soll im folgenden eine Uebersicht über die Entwicklung und die charakteristischen Züge der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und vor allem des Reichsgerichts auf dem Gebiete gegeben werden. Zunächst werden einige Fälle und ihre Entscheidung in chronologischer Reihenfolge, danach die darin enthaltenen allgemeinen Gedanken zur Darstellung gelangen.

Wir finden aus dem Jahre 1907 eine Entscheidung des Kaufmannsgerichts Berlin [70]). Der Leiter einer Faktorei verteidigte diese auftragsgemäß bei einem Aufstand der Einheimischen. Als er schließlich doch fliehen mußte, gelang das nur unter Zurücklassung seiner Habe. Dieser Verlust stelle sich als eine zum Zweck der Auftragsausführung gemachte Aufwendung dar [71]).

Von den Entscheidungen der OLG ist zuerst eine Entscheidung des OLG Zweibrücken aus dem Jahre 1907 zu

---

[69]) Hoeniger S. 275; dazu kritisch Böckel S. 405; Oertmann § 670, 3 b γ.

[70]) Reichsarbeitsblatt 1907 S. 78.

[71]) Zustimmend Düringer-Hachenburg § 59, Anm. 33.

erwähnen[72]). Der Kläger ließ im Dampfsägewerk des Beklagten Holz schneiden. Er reichte das Holz dem Beklagten hin, welcher es dann in die Maschine tat. Der Beklagte ging einen Augenblick fort, um einen anderen Kunden zu bedienen; der Kläger sollte inzwischen selbst das Holz in die Maschine einführen. Dabei wurden ihm 4 Finger abgerissen. Ein Verschulden des Beklagten wurde aus tatsächlichen Gründen verneint. Zur Frage des Schadensersatzes führte das Gericht aus: »Für den Schaden, der dem Beauftragten bei der Ausführung des Auftrages entstanden ist, brauchte der Auftraggeber, dem ein Verschulden nicht zur Last fällt, nicht einzustehen. Eine Haftung des Auftraggebers könnte im vorliegenden Fall umso weniger angenommen werden, als das Eintreten des Klägers in die bis dahin vom Beklagten wahrgenommene Rolle des Schnitters weder im alleinigen noch im überwiegenden Interesse des Beklagten (Nichtabstellung des Treibwerkes), vielmehr wohl im beiderseitigen, wenn nicht im überwiegenden Interesse des Klägers (ununterbrochener Fortgang des Schneidegeschäfts) stattgefunden hat«[73]).

Aus demselben Jahre stammt eine Entscheidung des OLG Stuttgart in OLGE 14 S. 58. Jemand hatte im Auftrage eines Kriegervereins das Salutschießen aus einer kleinen Kanone besorgt und war dabei durch Platzen der Kanone verletzt worden. Die Haftbarkeit des Vereins wurde abgelehnt, da sie nur bei Verschulden des Auftraggebers in Betracht komme. Das OLG geht auch darauf ein, ob solche Schäden als Aufwendungen angesehen werden können: »Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes und der Auffassung des täglichen Lebens fallen Schäden nicht unter den Begriff der Aufwendungen. Für die Zulässigkeit einer ausdehnenden oder analogen Anwendung des § 670 fehlen Anhaltspunkte. Das Bedürfnis für einen solchen Rechtssatz ist nicht anzuerkennen. Der Beauftragte kann sich die Haftung für solche Schäden vertragsmäßig ausbedingen oder aber es wird unter Umständen die Haftung als stillschweigend bedungen zu gelten haben... Wird das Schießen sachgemäß gehandhabt, so ist keine größere Gefahr vorhanden, als sie überhaupt bei dem Verkehr mit explosiven oder leicht entzündlichen Stoffen besteht«[74]).

[72]) Seuff. Bl. 72, S. 678.
[73]) S. 679.
[74]) S. 59.

Es folgt sodann eine Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 68 S. 108 von 1908. Eine Versicherungsgesellschaft verlangte von einem Versicherten, daß er sich zwecks Feststellung seiner Ansprüche gegen die Gesellschaft einer Röntgen-Untersuchung unterziehe. Dabei erlitt der Patient Verbrennungen durch Röntgenstrahlen. Das RG entschied zu seinen Gunsten. Da nach dem damaligen Stande der Technik solche Verletzungen eine notwendig mit der Untersuchung verknüpfte objektive Gefahr bildeten, verstand es sich von selbst, daß die Gesellschaft die volle Gefahr auf sich nahm, da sie die Anordnung der Untersuchung in ihrem Interesse traf. Ein gegenteiliger Wille hätte der Kundgebung bedurft. Mangels einer Kundgebung mußte die Auslegung des Vertrages entscheiden. Danach konnte keinesfalls angenommen werden, »daß es in der Richtung des Vertragswillens gelegen habe, daß der Kläger verpflichtet sein sollte, für die Beklagte seine Gesundheit in Gefahr zu bringen, ohne eintretendenfalls vollen Schadensersatz zu erhalten« [75]). Das Gericht weist dann auf eine gesetzliche Parallele zu diesem Gedanken, den § 819 HGB, hin. Diese Vorschrift enthält eine gesetzliche Verpflichtung des Versicherten zu Rettungsmaßnahmen, die der vertraglichen im zur Entscheidung stehenden Fall entspricht. Da sich jene Verpflichtung (des § 819) keineswegs von selbst versteht und der Versicherte bei der Rettungstätigkeit mehr die Geschäfte und Interessen des Versicherers führt als seine eigenen, erhält der Versicherte vollen Ersatz seiner Kosten und seines Aufwands. Die gleiche Konsequenz wird für die vertragliche Verpflichtung des vorliegenden Falles gezogen. »So wenig das Gesetz dem Versicherten billigerweise hat zumuten wollen, Geld im Interesse des Versicherers aufzuwenden, ohne vollen Ersatz zu erhalten, so wenig ist anzunehmen, daß durch den vorliegenden Vertrag dem Kläger zugemutet werden sollte, seine Gesundheit im Interesse der Beklagten preiszugeben.« [76]) Die Haftung des Auftraggebers wird also aus vertraglicher Haftungsübernahme bejaht.

Während diese Entscheidung daher zu den uns interessierenden Problemen nicht eingehend Stellung nahm, folgte jetzt in JW 1909, S. 311 Nr. 7 [77]) eine Entscheidung des Reichsgerichts, die für die Fragen von besonderer Wichtigkeit ist. In einem Gasthause zechten 2 Wanderburschen. Da es schon

[75]) S. 114.
[76]) S. 115.
[77]) = Gruchot 53 S. 975.

spät war und sie sich herausfordernd benahmen, bat der körperlich behinderte Wirt 2 andere Gäste noch dazubleiben. Als der Wirt schließlich die Burschen aufforderte, wegen der vorgerückten Stunde das Lokal zu verlassen, drangen diese auf ihn ein und verletzten ihn mit einem Messer. Jetzt rief er die beiden Gäste herbei, daß sie die Burschen aus dem Lokal beförderten. Das versuchten sie auch, wurden aber dabei von den Wanderburschen verletzt. Sie verklagten den Wirt auf Ersatz des ihnen dadurch entstandenen Schadens. Das RG wies im Gegensatz zum OLG die Klage ab.

Die Ausführungen über die Möglichkeiten einer stillschweigenden Garantieübernahme interessieren nach dem oben (S. 15) Gesagten nicht. Im übrigen hält das RG eine Haftung deshalb für ausgeschlossen, weil den Wirt kein Verschulden trifft; ohne das eine Ersatzpflicht anzunehmen, verstoße gegen das im BGB herrschende Verschuldensprinzip. Nehme man das Vorliegen eines Auftragsvertrages an, so komme allerdings ein Anspruch in Betracht, der von irgendwelchem Verschulden unabhängig sei, nämlich der Aufwendungsersatzanspruch. Es müßte also der entstandene Schaden eine zur Ausführung des Auftrags gemachte Aufwendung sein. Das sei aber nicht der Fall. »Der Senat hat es abgelehnt, den Begriff der Aufwendungen soweit auszudehnen und ihm eine Bedeutung zu geben, die ihm nach den sonstigen Vorschriften des BGB über die Aufwendungen nicht zukommt. Das Gesetzt versteht darunter nur die auf freiem Willen beruhenden Auslagen und Aufopferungen von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zwecks. Davon kann hier nicht wohl gesprochen werden. Wenn die Kläger auch die Gefahr gekannt und sich ihr aus freien Stücken unterzogen haben, so haben sie das Opfer an ihrer Gesundheit, das sie im Erfolge gebracht haben, doch nicht gewollt. Mit einer den Klägern günstigen Auffassung ließe sich insbesondere die unmittelbar vorausgehende Bestimmung in § 669 über die Vorschußpflicht des Auftraggebers für Aufwendungen kaum vereinigen.« Es wird vorbehaltlich der besonderen Gestaltung des Einzelfalls eine Haftung des Auftraggebers abgelehnt.

Wie gesagt, ist diese Entscheidung von besonderer Bedeutung, denn auf ihr fußen alle folgenden. Meistens wird zur Begründung der späteren Entscheidungen auf dieses ausführliche Erkenntnis Bezug genommen. So geschieht es z. B. in RG LZ 1912 Sp. 659, wo zur Entscheidung einfach auf

JW 1909 S. 511 verwiesen wird, ferner in RGZ 75 S. 208 von 1911, OLG Hamm Seuff. A. 75 S. 229 von 1911, RG LZ 1910 Sp. 859 und RG JW 1914 S. 676. Da die Hauptzüge der grundlegenden Entscheidung JW 1909 wesentliche Bestandteile aller nachfolgenden Entscheidungen sind, braucht auf diese nur insoweit eingegangen zu werden, als sie gegenüber der Entscheidung JW 1909 irgendwelche Besonderheiten bieten oder auf die eine oder andere Seite des Problems genauer eingehen.

So beschäftigen sich zwei Entscheidungen des Reichsgerichts, nämlich in LZ 1910 Sp. 859 und RGZ 75 S. 208 (1911) näher mit dem Aufwendungsbegriff. Im ersten Falle handelt es sich um eine dem beauftragten Spediteur unvorhergesehen erwachsene Frachtnachgebühr. Grundsätzlich sei unter Aufwendung nur eine freiwillige Aufopferung zu verstehen. »Indes für die hier streitigen Geldzahlungen ist zu beachten, daß die Gefahr, die Zahlungen leisten zu müssen, mit dem Auftrag nach der Eigenart seines Inhalts besonders nahe verknüpft ist.«[78])

Der Fall in RGZ 75 S. 208 ist folgender: Der Kläger verkaufte Grundstücke an den Beklagten. Dieser verkaufte sie weiter an B. Auf Ersuchen des Beklagten ließ der Kläger unmittelbar an B. auf. Darauf wurde der Kläger zur Umsatzsteuer herangezogen, da sie von B. nicht zu erlangen war. Nachdem das Reichsgericht betont hat, daß gemäß JW 1909 eine Haftung des Auftraggebers für den dem Beauftragten durch Zufall erwachsenen Schaden abzulehnen ist, fährt es fort: »Im vorliegenden Fall handelt es sich aber nicht um einen durch Zufall erlittenen Schaden des Beauftragten, sondern um Aufwendungen im wahren Sinne des Wortes, die wenn sie auch nicht zum Zwecke der Ausführung des Auftrages gemacht sind, doch als notwendige Folge der Ausführung zu machen waren und daher in einem untrennbaren Zusammenhang mit dieser Ausführung stehen. Wie schon das Billigkeitsgefühl und der zu vermutende Parteiwille dafür sprechen, daß derartige Aufwendungen den Auftraggeber treffen, da er sie zweifelsohne tragen müßte, wenn er das aufgetragene Geschäft selbst ausgeführt hätte, so würde der Vorwurf eines übergroßen Haftens am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks berechtigt sein, wenn man diese notwendig und einheitlich mit der Ausführung des Auftrages verbundenen Aufwendungen lediglich deshalb von der Ersatz-

[78]) S. 860.

pflicht des Auftraggebers ausschließen wollte, weil sie nicht zum Zwecke der Ausführung des Auftrages, wie das Gesetz sich ausdrückt, gemacht worden seien. Wenn Oertmann (§ 670 Nr. 2 Abs. 2) keinen Unterschied machen will zwischen Aufwendungen, die unmittelbar zur Ausführung bestimmt sind und solchen, die sonst ursächlich mit ihr zusammen hängen, etwa zu ihrer Vorbereitung dienen, wie Reisekosten, so muß dasselbe gelten, wenn der ursächliche Zusammenhang darin besteht, daß die Ausführung die Ursache und die Aufwendung die notwendige Folge ist.«[79]).

Das OLG Hamm in Seuff. A. 75 S. 232 verneint die Frage, ob bei Rettungsarbeiten erlittener Schaden als Aufwendung anzusehen ist. Wenn man auch die Gefahr bei Rettungsarbeiten kenne, so wolle man doch kein Opfer an Leben und Gesundheit bringen, was ja gerade für den Aufwendungsbegriff wesentlich seien.

Unentschieden verhält sich das Reichsgericht in JW 1914 S. 676. Ein Privatman wurde von einem Polizisten aufgefordert, ihm die Teilnehmer einer Schlägerei zu zeigen. Der Privatmann wurde bei Ausführung dieses Auftrages verletzt. Das Reichsgericht bejahte die Haftung der Stadt deshalb, weil das Verlangen des Polizeisergeanten »mit rechtlicher Notwendigkeit die Verpflichtung des Auftraggebers, also der Stadtgemeinde in sich schloß, für allen dem Kläger durch die Ausführung des Auftrages entstehenden Schaden einzustehen.«[80]). Zu der zweifelhaften und streitigen Frage, wie es mit der Haftung des Auftraggebers beim Fehlen einer solchen Garantie stünde, brauche also nicht mehr Stellung genommen werden.

In diesen ganzen dem Erkenntnis RG JW 1909 nachfolgenden Entscheidungen sind — wie schon erwähnt — die darin aufgestellten Gedanken übernommen und damit zu einer ständigen Rechtssprechung gefestigt worden. Man merkt aber schon die Anzeichen einer neuen Richtung. Hinzugekommen ist nämlich 1. die Ansicht, daß die als notwendige Folge der Auftragsausführung gemachten Aufwendungen vom Auftraggeber zu ersetzen sind, (das ist also eine Haftung ohne Verschulden), 2. wird auf die Möglichkeit einer Haftung hingewiesen, wenn man es mit untrennbar zur Auftragsausführung gehörenden Gefahren zu tun hat. Es ist im folgenden aufzuzeigen, wie sich jetzt ein Umschwung be-

[79]) S. 212 f.
[80]) S. 677.

merkbar machte, der das bisherige starre Festhalten an dem Verschuldensprinzip auflockerte.

Eine in dieser Hinsicht grundlegende Entscheidung findet man in RGZ 94 S. 169 von 1918. Ein Abdeckermeister erhielt von dem Polizeiwachtmeister den Auftrag, einen tollwutverdächtigen Hund einzufangen. Dabei wurde der Abdeckermeister gebissen. Er klagte gegen die Stadtgemeinde auf Schadensersatz. Das RG gab dem Anspruch statt. Aus Billigkeitsgründen müsse bei einem so gefährlichen Auftrag der Auftraggeber den Schaden tragen. Der Parteiwille müsse jedenfalls so aufgefaßt werden, da die Gefahr für beide Teile erkennbar war. Zur Anwendbarkeit des § 670 äußert sich das Urteil nach Darstellung der Entstehungsgeschichte wie folgt: Aus dieser Entstehungsgeschichte des Gesetzes geht soviel hervor, daß der Gesetzgeber es absichtlich abgelehnt hat, grundsätzlich zu bestimmen, daß bei einem jeden mit Gefahr für Leben und Gesundheit verbundenen Auftrag der Auftraggeber dem Beauftragten denjenigen Schaden zu ersetzen hat, der ihm an seiner Gesundheit oder an seinem Leben bei Ausführung des Auftrages entstanden ist, daß es vielmehr ausdrücklich der Rechtsprechung überlassen ist, je nach Lage des Falls eine derartige Haftung des Auftraggebers festzusetzen. Auch das Urteil des erkennenden Senats vom 3. 4. 1909 JW S. 311 ist davon ansgegangen, daß der § 670 BGB einen derartigen allgemeinen Rechtsgrundsatz nicht enthält. Hierbei hat es aber ausdrücklich den Vorbehalt gemacht, es könne eine solche Haftung je nach der besonderen Gestaltung des einzelnen Falles Platz greifen. Ein solcher besonderer Fall liegt nach den Feststellungen der Vorinstanzen hier vor.«

Ferner ist ein darauf folgendes Urteil, RGZ 98 S. 195 von 1920 anzuführen. Bei den Rettungsarbeiten anläßlich eines Brandes beteiligte sich der Kläger, den der Bürgermeister als Leiter der Feuerlöscharbeiten zur Hilfe aufgefordert hatte. Dabei erlitt der Kläger, der auf dem Dache eines der brennenden Häuser stand, durch den Einsturz eines Schornsteins eine schwere Körperverletzung. Er klagt gegen die Gemeinde auf Schadensersatz. Das RG entschied zu seinem Gunsten. Auch hier wieder mit dem Hinweis auf das Vorliegen »einer besonderen Gestaltung des Falles«. Denn es handelt sich um Schäden »deren Gefahr mit der Ausführung des Auftrags von selbst verbunden war und als besondere Gefahr dieser Geschäftsbesor-

gung von beiden Teilen in Rechnung gezogen werden mußte«[81]), wenn auch nicht in Rechnung gezogen wurde. Zur Frage des Aufwendungsersatzes sagt das RG: »Aufwendungen sind an sich freiwillige Opfer an Vermögenswerten; Schäden sind unfreiwillige Opfer und als solche keine Aufwendungen«[82]). Es führt weiter aus: »Solche Schäden sind den Aufwendungen des § 670 gleichzuachten und vom Auftraggeber auch ohne Verschulden zu ersetzen, während z. B. ein Schaden aus einem Eisenbahnunfall bei einer zur Ausführung eines Auftrags unternommenen Reise, da es sich hier um eine allgemeine Gefahr des Reisens, nicht um eine besondere Gefahr des erteilten Auftrags handelt, nicht als Aufwendung anzusehen ist«[83]).

Eine weitere Entscheidung gibt das Reichsgericht in Recht 1921 Nr. 1867[84]). Es war die Frage, ob Beschädigungen des Körpers und der Kleidung bei auftragsgemäßer Beteiligung an Löschungsarbeiten Aufwendungen im Sinne des § 670 sind, auch wenn beide Teile nicht an solche Schädigungen gedacht haben. »Der Schaden des Klägers ist als Aufwendung anzusehen, da die Gefahr dieser Beschädigung als besondere Gefahr der Ausführung des erteilten Auftrages zur Hilfeleistung an den Lösch- und Rettungsarbeiten bei dem Brandunglück von vornherein von beiden Teilen in Rechnung zu ziehen war (also nicht gezogen wurde!), sie erscheint eben mit Rettungsarbeiten bei einem Brande regelmäßig verbunden. Ob die Parteien im Einzelfall an einen solchen Schadenseintritt gedacht und ihn sich vor Augen geführt haben, ist rechtlich nicht von Belang.«

Die gleichen Grundgedanken wie die Entscheidungen RGZ 94 und 98 lassen die Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchot 68 S. 311 von 1924 und RGZ 122 S. 298 von 1928 erkennen. In beiden Fällen handelt es sich um die Frage, ob die Witwe eines bei Ausführung des Auftrages zu Tode gekommenen Beauftragten vom Auftraggeber als mittelbar Geschädigte Ersatz verlangen kann. Das wird vom RG mit Recht abgelehnt, da weder § 844 noch § 618 anwendbar ist[85]). »Selbst bei einer noch so weitgehenden Auslegung des Wortes Aufwendungen könnte man nicht dazu gelangen, einen Schaden, der nicht dem Beauftragten, selbst, sondern anderen

[81]) S. 200.
[82]) S. 199.
[83]) S. 200.
[84]) = LZ 1921 Sp. 267.
[85]) Zustimmend Staudinger-Kober § 670, 1 a.

Personen erwachsen ist, zu den bezeichneten Aufwendungen zu rechnen«[86]). In der Entscheidung RGZ 122 S. 305, die die vorangegangene Rechtsprechung und die daran geübte Kritik zusammenfaßt, wird außerdem auch eine Garantie des Auftraggebers abgelehnt, da die Auftragsausführung, das Mitwirken bei der Pflichtfeuerwehr, die Erfüllung einer öffentlich rechtlichen Pflicht bedeutet.

Entsprechend der neuen Rechtsprechung des Reichsgerichts haben sich auch die Oberlandesgerichte umgestellt. Das OLG Kassel[87]) beschränkt sich zur Begründung seiner Entscheidung auf eine Wiedergabe der reichsgerichtlichen Rechtsprechung: Während das Reichsgericht noch in RGZ 73 S. 208 eine Haftpflicht des Auftraggebers nur bei Verschulden für zulässig erklärte, habe es in RGZ 94 und 98 ausgesprochen, daß die besondere Gestaltung des Einzelfalls dafür maßgebend sei, inwieweit Schäden zu den Aufwendungen zu rechnen seien und als entscheidende Merkmale hierfür aufgestellt, daß es sich nicht um zufällige, sondern um solche Schäden handelt, die mit Notwendigkeit als möglich oder wahrscheinlich vorauszusehen waren.

Nachdem oben einige charakteristische Fälle und ihre Entscheidung aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte dargestellt worden sind, interessiert jetzt, welche allgemeine Linien darin zu finden sind. Zunächst ist festzustellen, daß in den neueren Entscheidungen gegenüber den alten eine dem Ersatzanspruch des Beauftragten freundlicher gesinnte Richtung zu erkennen ist. Diese Tendenz erkennt man z. B. an dem häufig auftretenden Bestreben, mangels gesetzlicher Handhaben aus dem Verhalten des Auftragsgebers oder aus dem Vertragsinhalt eine Haftungsübernahme des Geschäftsherrn zu konstruieren. So geschieht es in RGZ 68 S. 108, JW 1914 S. 676. Auch RGZ 94 S. 169 verweist auf die Auslegung des Parteiwillens.

Es sind in der Rechtsprechung zwei Entwicklungsperioden erkennbar. Die erste beginnt mit den angeführten Entscheidungen der OLG Stuttgart und Zweibrücken in OLGE 14 S. 58 und Seuff. Bl. 72 S. 678. Sie erfährt ihren stärksten Ausdruck und ihre festbestimmte Richtung in RG JW 1909 S. 311, wo irgendwelche Schadensersatzpflichten des Auftragsgebers, wenn ihn kein Verschulden trifft, strikt abge-

[86]) Gruchot 68 S. 312; kritisch Ennecc.-Lehmann § 159. 4. da hier ein Garantieversprechen anzunehmen sei.

[87]) JW. 1927 S. 1276.

lehnt werden — vorbehaltlich der besonderen Gestaltung des Einzelfalles. Diese Richtung dauert an bis zu dem Erkenntnis in RGZ 94 S. 169. Von hier ab wird in der Rechtsprechung von dem Vorbehalt der besonderen Gestaltung des Einzelfalls stark Gebrauch gemacht. Dabei hat man feste Leitgedanken entwickelt, worin diese besondere Gestaltung gegebenenfalls zu erblicken ist. Wenn auch scheinbar an den in JW 1909 geäußerten Gedanken festgehalten wird, so ist doch eine entscheidende Wendung dadurch eingetreten, daß man den erwähnten Vorbehalt in einer Weise ausfüllte, die das zugrundeliegende Verschuldensprinzip stark auflockerte. Auf welche Art das geschehen ist, soll durch eine Verfolgung der in den einzelnen Entscheidungen entwickelten Gedanken ermittelt werden.

Gemeinsam ist allen diesen Erkenntnissen, daß eine Haftung des Auftraggebers ohne Verschulden grundsätzlich abgelehnt wird, da das Verschuldensprinzip das erfordere. Eine Abweichung hiervon komme nur in Frage, wenn die Haftung nach der Verkehrsauffassung als übernommen gelten muß, oder die besondere Gestaltung des Einzelfalls es erfordert. Hier interessiert, nachdem schon auf die Bedeutung der häufigen Garantiekonstruktionen hingewiesen wurde, hauptsächlich das Letztere. Worin nun in den Entscheidungen der neueren Periode, die eine Haftung ohne Verschulden annahmen, diese besondere Gestaltung liegt, erkennt man am deutlichsten dann, wenn man die zur Entscheidung stehenden Fälle vergleicht. In den meisten handelt es sich um gefährliche Situationen, in die sich der Beauftragte begeben soll. In allen liegen Gefahren vor, die mit der Ausführung des Auftrages unzertrennlich verbunden sind. Sowohl beim Einfangen von tollwütigen Hunden, wie beim Feuerlöschen auf dem brennenden Haus drohen dem Beauftragten Gefahren, die notwendigerweise dazugehören und mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten waren [88]). Und weil das so ist, waren die Gefahren auch objektiv voraussehbar. Eine Haftung für Zufälle, die man als unvermeidliche Gefahren des Lebens ansieht und solche hinnimmt, wird also nicht angenommen. Die allgemeine Gefahr einer Eisenbahnreise zur Ausführung eines Auftrages soll der Auftraggeber nicht tragen. Nur für solche zufälligen Schäden muß er aufkommen, die ihren Grund in der spezifischen Gefährlichkeit des konkreten Auf-

[88]) RGZ 96 S. 163: Schaden, der sich »aus der Ausführung des Auftrags ohne weiteres von selbst ergibt«.

trags haben. Die besondere Gestaltung liegt demnach in der Qualität des Zufalls. Es ist ein Unterschied, ob dem Beauftragten ein Ziegelstein auf den Kopf fällt, als er gerade auftragsgemäß den Brief des Auftraggebers in den Kasten wirft oder ob er in ein brennendes Haus geschickt wird und dabei Brandwunden bekommt. Nur im letzteren Fall kommt eine Haftung in Frage. Es ist ein Zufall, der mit der Auftragsausführung innerlich verbunden ist, während der erstgenannte von außen kommt. So sagt das RG in LZ 1910 S. 860 im Fall der unvorhergesehenen Frachtnachgebührpflicht des Beauftragten: »Für die hier streitigen Geldzahlungen ist zu beachten, daß die Gefahr, die Zahlungen leisten zu müssen, mit dem Auftrag nach der Eigenart seines Inhalts besonders nahe verknüpft ist«, und dann in RGZ 98 S. 200: Schäden, »deren Gefahr mit der Ausführung des Auftrags von selbst verbunden war und als besondere Gefahr dieser Geschäftsbesorgung von beiden Teilen in Rechnung gezogen werden mußte«.

Vergleicht man diese Gedanken mit den bei der Beratung des BGB zum Ausdruck gekommenen, so ist festzustellen, daß die Reichsgerichtsjudikatur zu dem gleichen Ergebnis gekommen ist, welches der in der zweiten Kommission abgelehnte Antrag verfolgte. Selbst die Formulierungen weichen nur unwesentlich voneinander ab. Der Antrag sprach (ebenso wie § 110 HGB) von Gefahren, die von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sind[89]) — das RG spricht von Gefahren, die mit der Auftragsausführung von selbst verbunden sind. Die Rechtsprechung hat also die Haftung des Auftraggebers unter genau den gleichen Voraussetzungen eingeführt, wie es der abgelehnte Antrag wollte. In einem Punkt ist jedoch eine Abweichung bemerkbar. In der Begründung zur Ablehnung des Antrags (oben S. 20) war gesagt worden, für den Regreßanspruch des Beauftragten sei der Umstand gleichgültig, daß er die Gefahr nicht gekannt habe. Zwar verlangt auch das Reichsgericht keine Kenntnis der Gefahr, es fordert aber, daß der Schaden objektiv voraussehbar gewesen ist. Dieses Moment der objektiven Vorhersehbarkeit begründet jedoch keinen allzugroßen Unterschied zu der Formulierung des Kommissionsantrags, denn die mit der Auftragsausführung unzertrennlich verbundenen Gefahren dürften im allgemeinen auch objektiv voraussehbar sein. Diese Gedanken des RG klingen schon in RGZ 75

[89]) Oben S. 19.

S. 213 an, zum vollen Ausdruck kommen sie aber erst seit RGZ 94 S. 169. Sie sind seitdem in ständiger Rechtssprechung gefestigt worden.

Das RG hat aber die Frage, wie diese vom Verschulden des Auftraggebers unabhängige Haftung juristisch zu konstruieren ist, nicht immer einheitlich beantwortet. Jedenfalls kann man soviel feststellen, daß in erster Linie allgemeine Billigkeitsgründe und Interessenabwägungen[90]) herangezogen werden. Wir finden Wendungen wie: es entspreche der Billigkeit, den Auftraggeber derartigen Schaden tragen zu lassen; da das Geschäft im überwiegenden Interesse des Auftraggebers erfolgt sei, müsse er auch den Schaden tragen; aus der Aufopferung der Gesundheit im fremden Interesse folge »mit Rechtsnotwendigkeit«[91]) eine Haftung des Geschäftsherrn und ähnliches mehr. Auf der Suche nach einem Rechtsgrund wird auch die Frage behandelt, ob dieser Schaden als A u f w e n d u n g betrachtet werden könne. Im positiven Sinne äußert sich das RG, abgesehen von der üblichen Definition, besonders in RGZ 73 S. 208, wo die als notwendige Folge der Auftragsausführung entstehenden Kosten zu den Aufwendungen gerechnet werden[92]). Das RG definiert die Aufwendungen ebenso wie es in der Wissenschaft herkömmlich ist. Im allgemeinen sei jede Leistung von Vermögenswerten zur Ausführung des Auftrages als Aufwendung anzusehen[93]). Eine Aufwendung geschieht freiwillig, ein Schaden tritt unfreiwillig ein. Dieser begriffliche Gegensatz zwischen Schäden und Aufwendungen wird am schärfsten in LZ 1910 S. 860 und RGZ 98 S. 199 hervorgehoben (s. oben). Aber dennoch ist der Satz, daß Schaden keine Aufwendung sein könne, nicht immer eindeutig eingehalten. So sagt das RG[94]): nicht j e d e r Schaden gehört zu den Aufwendungen; es scheint also der Ansicht zu sein, daß es Schäden gibt, die dazugehören. Am wesentlichsten aber ist, daß in der neuesten Rechtsprechung die Haftung des Auftraggebers deshalb angenommen wird, weil der Schaden des Beauftragten in den angegebenen Grenzen als Aufwendung anzusehen sei. So geschieht es in dem oben (S. 31) zitierten

---

[90]) Vgl. RGZ 68 S. 114, wo besonders auf die beiderseitigen Interessen abgestellt wird.

[91]) RG JW 1914 S. 677.

[92]) Zustimmend Warneyer § 670 1; Ennecc.-Lehmann § 159 Nr. 4; Opet-Blume § 1835, 6.

[93]) RGZ 95 S. 55.

[94]) Vgl. LZ 1910 S. 859.

Erkenntnis in RGZ 98 S. 200. Das RG sagt dort, ein derartiger Schaden ist den Aufwendungen des § 670 »gleichzuachten«, während andere Schäden nicht als Aufwendungen angesehen werden dürfen. Das ist deutlich genug. Wir finden sogar eine Entscheidung, in der ausdrücklich gesagt ist, daß der Schaden des Beauftragten als Aufwendung betrachtet werden soll[95]: Der Schaden des Klägers ist als Aufwendung anzusehen, da die Gefahr dieser Beschädigung als besondere Gefahr der Ausführung des erteilten Auftrags von beiden Teilen in Rechnung zu ziehen war. Deshalb nehmen RGRK[96] und das OLG Kassel[97] mit Recht an, das RG stütze die Haftung für die unzertrennlich mit dem Auftrag verbundenen Gefahren auf § 670 BGB, weil es sich um Aufwendungen handele.

Das RG vertritt also hinsichtlich des Aufwendungsbegriffes folgende Auffassung:

1. Aufwendung ist jede zur Erreichung eines Zwecks vorgenommene Aufopferung von Vermögenswerten.
2. Schäden gehören nicht zu den Aufwendungen. Ausnahmsweise fallen sie aber unter den Aufwendungsbegriff, wenn sie aus unzertrennlich mit der Geschäftsbesorgung zusammenhängenden Gefahren herrühren und objektiv voraussehbar waren. Auch die als notwendige Folge der Auftragsausführung entstehenden Kosten sind Aufwendungen; (dieser Fall unterscheidet sich von dem vorigen dadurch, daß weder Gefahren vorzuliegen brauchen, noch daß es sich um Schäden im technischen Sinn handelt).

§ 6. Kritische Betrachtung.

Im Vorigen ist davon abgesehen worden, zu den einzelnen Ansichten und Argumenten der Schriftsteller und des RG kritisch Stellung zu nehmen. Das sei jetzt im Zusammenhang getan.

Der in den Motiven gefundene Ausspruch, daß das Gesetz wegen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Fälle von einer Regelung absieht, darf keineswegs dahin gedeutet werden, als ob es damit die Ersatzpflicht des Auftraggebers

[95]) JW 1921 S. 267.
[96]) § 670, 2.
[97]) JW 1927 S. 1276.

ablehne. Auch das hätte ausdrücklich bestimmt werden müssen. Nun das Gesetz gar nichts sagt, hat man freie Hand [98]). Noch darf aus dem genannten Ausspruch der Motive gefolgert werden, daß die Entscheidung ganz dem Einzelfall vorbehalten bleibt. Es ist vielmehr die Aufgabe des Schrifttums und der Rechtsprechung, allgemeine Leitgedanken zu finden, nach denen die Beurteilung des Einzelfalls erfolgt, wobei für das richterliche Ermessen immer ein gewisser Spielraum bleiben muß [99]).

Mit der herrschenden Meinung ist eine Haftung des Auftraggebers für zufällige Schäden des Beauftragten jedenfalls dann abzulehnen, wenn es sich um Zufälle handelt, die ganz von außen kommen, die nicht im inneren Zusammenhang mit der Auftragsausführung stehen. Hier muß der Grundsatz »casus a nullo praestantur« zur Geltung gelangen: niemand kann für zufällige Schäden, die er bei Erfüllung seiner Verbindlichkeit erleidet, vom Gläubiger Ersatz verlangen. Man kann die Haftung des Auftraggebers für diesen Schaden nicht damit begründen, daß der Mandatar nur statt seiner handelt, daß also ohne den Mandatar der Schaden ihn getroffen hätte [100]). Es sind Zufälle, die jeden Menschen treffen können. Der Ziegelstein, der vom Dache des Hauses fällt, kann jeden Straßenpassanten treffen. Niemand erhält von anderen Menschen Ersatz, wenn ihn das trifft. Die vertraglichen Beziehungen des Beauftragten zum Auftraggeber bieten keinen Grund, den Beauftragten weniger Gefahren tragen zu lassen, als alle anderen Menschen. Auch die Unentgeltlichkeit des Auftrags darf nicht als Argument für eine Haftung des Auftraggebers herangezogen werden. Wenn man auch den Satz aufstellen könnte, wer unentgeltlich Vertragsvorteile genießt, muß zum Ausgleich ein größeres Risiko tragen, so würde eine Ausdehnung dieser Regel auf die gekennzeichneten Fälle doch zu weit gehen und die Waage stark nach der für den Mandanten ungünstigen Seite herunterziehen. Es handelt sich hier um eine zu entfernt liegende Kausalität. Diese Erwägungen treffen auch bei entgeltlichen Verträgen zu. Um eine juristische Verursachung annehmen zu können, bedarf es eines näheren Zusammenhangs zwischen dem Geschäftsbesorgungsvertrag und dem Schaden.

---

[98]) Brückmann S. 192 f., 214; Crome S. 618, Anm. 48; Hoeniger S. 274; RGZ 94 S. 169; Opet-Blume § 1835, 6; a. M. Böckel S. 431.

[99]) Vergl. Eisele S. 321; Unger S. 330 f; Mommsen S. 63.

[100]) Prot. II S. 368.

Damit ist zugleich schon angedeutet, daß es anders sein muß, wenn infolge des Auftrages eine Lage geschaffen wird, die den Beauftragten Gefahren aussetzt, welche über das Maß der im allgemeinen jeden bedrohenden Gefahren hinausgehen [101]). Wenn der Beauftragte mit hochexplosiven Stoffen zu hantieren hat, so treffen ihn die dabei entstehenden Gefahren *als Beauftragten*, während er im ersten Fall *als Passant* getroffen wird. Wie soll man aber diese Fälle von den vorigen trennen, wann kann eine Verbundenheit des Auftrags mit diesem vom Verschulden des Auftraggebers unabhängigen Schaden des Beauftragten angenommen werden? Es sind verschiedene Unterscheidungsmerkmale aufgestellt worden, um die erstgenannten Fälle von den letzten abzugrenzen. Im gemeinen Recht wurde vielfach unterschieden, ob der Schaden mit dem Zufall innerlich verbunden sei, oder ob er von außen komme, ob er dem Auftrag zu imputieren sei, ob er nur gelegentlich der Auftragshandlung oder durch sie entstanden sei [102]). In ähnlicher Weise sprach sich, wie wir sahen, die Wissenschaft zum BGB aus [103]). Hierzu äußerte sich Brückmann kritisch [104]). Er sagt, mit diesen Unterscheidungen, wie auch mit der Gegenüberstellung der Worte ex occasione und ex natura mandati [105]) sei nichts anzufangen. Es komme darauf an, ob der Schaden auf ein inneres Moment der einzelnen Ausführungshandlung zurückzuführen sei [106]). Das RG spricht von den mit der Auftragsausführung von selbst zusammenhängenden Schäden, von der Gefahr des konkreten Auftrags im Gegensatz zur allgemeinen Gefahr und betont dabei das Moment der Vorhersehbarkeit [107]). Es sagt in diesem Zusammenhang immer nur, daß der Schaden für beide Teile objektiv voraussehbar war. Wenn man die Frage zerlegen würde, nämlich ob der Schaden 1. dem Mandanten oder 2. dem Mandatar voraussehbar war, so ergäben sich interessante Perspektiven. Im ersten Fall würde man vielleicht Gesichtspunkte für die innere Begründung der Haftung gewinnen, da diese Fragestellung zur Annahme eines Garantieversprechens hinleiten könnte, im zweiten wäre eher ein Verbindungsglied zum Aufwendungsbegriff gewonnen.

---

[101]) So wohl auch OLGE (Stuttgart) 14 S. 59.
[102]) Oben S. 17.
[103]) Oben S. 22.
[104]) S. 208; ebenso Eisele S. 350 und Böckel S. 425.
[105]) Oben S. 18.
[106]) Oben S. 22.
[107]) Oben S. 32.

Wenn auch die vom Reichsgericht gewählte Ausdrucksweise der notwendig zusammenhängenden Gefahren ebensowenig begriffliche Klarheit enthält, wie die gemeinrechtliche, so kann sie vom Standpunkt des Gesetzes doch nicht ohne weiteres verworfen werden, weil sich nämlich das Gesetz selbst einer ziemlich ähnlichen Formulierung im § 110 HGB bedient: es spricht dort von untrennbar mit der Geschäftsführung verbundenen Gefahren. Man muß aber weiter fragen, was denn solche untrennbar zusammenhängende Gefahren sind. Als begriffliche Handhabe ist die Ursachenbestimmung nach den Kausaltheorien zu Hilfe zu nehmen. Darauf weist schon Rümelin hin[108]). Der Gegensatz von Adäquanz- und Aequivalenztheorie kennzeichnet den Gegensatz der beiden Fälle. Was nach der Aequivalenztheorie als Ursache des Schadens angesehen werden muß, entspricht unserem zuerst genannten Fall, der zweite Fall dagegen außerdem auch der Adäquanztheorie[109]). Da diese für das BGB maßgebend ist, kommt eine Haftung nur für solche Schäden in Betracht, die adäquat, d. h. nach dem normalen Lauf der Dinge zu erwarten sind. Das meint wohl auch das Reichsgericht, wenn es darauf hinweist, daß der Schaden objektiv voraussehbar sein muß; denn das ist er eben dann, wenn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten, also adäquat war. Ebenso beruht der Ausdruck »inneres Moment der einzelnen Ausführungshandlung« auf der Anschauung der Adäquanztheorie. Ob man nun sagt, es müsse sich um einen adäquaten Schaden handeln, oder um eine Gefahr des konkreten Auftrags oder um ein inneres Moment der Ausführungshandlung, ist gleichgültig, da es sich nur um Unterschiede in der Formulierung handelt. Mit den genannten Richtlinien ist jedenfalls eine Abgrenzung der Fälle, die als haftpflichtbegründend anzusehen sind, von den allgemeinen Zufällen möglich. Sie dürfte der Praxis keine allzugroßen Schwierigkeiten bereiten. Die Gefahren bei der Feuerlöschtätigkeit auf dem brennenden Haus, beim Einfangen von toll-

[108]) S. 292. Er warnt aber davor, in allen Fällen adäquater Verursachung eine Kausalhaftung anzunehmen: es sei außerdem noch eine weitere Begründung der Haftung erforderlich. Vgl. noch Crome S. 618, Anm. 52 und Orthal S. 28.

[109]) Hierher gehört auch die Oertmann'sche Ansicht, wonach es darauf ankommen soll, ob der Auftrag eine Ursache oder eine bloße Bedingung für den Schaden war, da diese Unterscheidung der Billigkeit entspreche: 1. Aufl. S. 404. Hiermit ist allerdings, wie Orthal S. 25, Böckel S. 426 und Isay S. 156 f. mit Recht bemerken, nichts anzufangen.

wütigen Hunden sind unschwer als innere Gefahren des Auftrags von den allgemeinen Gefahren einer Eisenbahnreise oder eines Schiffsuntergangs zu unterscheiden [110]). Die Verschiedenheit der Fälle drängt sich dem Gefühl auf [111]). Eine genauere Formulierung als die oben angeführten ist nicht nötig und wohl auch gar nicht möglich.

Nachdem eine Abgrenzung derjenigen Fälle möglich geworden ist, in denen der Auftraggeber für den Schaden des Beauftragten haften soll, also die Grenzen juristischer Verursachung festgestellt sind, muß weiter versucht werden, einen gesetzlichen Haftungsgrund zu finden. Dabei genügt es nicht, sich auf allgemeine Billigkeitserwägungen zu berufen. Diese können höchstens ein Korrektiv für die gefundene Entscheidung, nicht aber einen Haftungsgrund abgeben [112]). Hierin liegt der größte Mangel der Ansichten derjenigen Schriftsteller, die sich auf § 242 BGB berufen [113]). Wenn man sich streng an das Verschuldensprinzip hält, kommt eine Haftung des Mandanten für unverschuldete Schäden überhaupt nur unter dem Gesichtspunkt des Aufwendungsersatzes in Betracht; da das der einzige Anspruch des Mandatars ist, der mit Verschuldensfragen nichts zu tun hat. Wir müssen also untersuchen, ob die gekennzeichnete Art des Schadens unter den Aufwendungsbegriff gehört. Nur von dieser begrifflichen Seite her ist die Frage zu lösen. Ist das Ergebnis positiv, so haben wir einen Rechtsgrund und damit eine befriedigende Lösung für die Haftung des Mandanten, ist es negativ, so haftet er nicht [114]).

Nach der herkömmlichen Definition der Aufwendungen [115]) liegt eine Aufwendung dann vor, wenn der Beauftragte bewußt eine Gut gefährdet und auch mit seinem Ver-

---

[110]) Zu der ganzen Frage vergleiche man den Gegensatz von Zufall und höherer Gewalt. Schon Isay S. 150 weist im Anschluß an den Widerspruch der Africanus- und der Paulusstelle hierauf hin. Ennecc.-Nipperdey § 200 II sagt: »Wo die höhere Gewalt eine Ausnahme von einer Schadenshaftung begründet, ist unter höherer Gewalt zu verstehen: ein... nicht aus dem in Frage stehenden Betriebe entstehendes (sondern in diesem Sinne von außen kommendes) Ereignis, dessen schädigende Wirkung durch vernünftigerweise zu erwartende Vorsichtsmaßregeln nicht vermieden werden konnte«. Ebenso die Praxis z. B. RGZ 109 S. 173. Vgl. auch § 694 BGB.

[111]) Isay S. 157.

[112]) Böckel S. 416; Orthal S. 26; Moesch S. 55.

[113]) Oben S. 22.

[114]) Brückmann S. 193.

[115]) Oben S. 14.

lust einverstanden ist[116]). Ebenso muß es auch dann sein, wenn er die Gefährdung bewußt vornimmt, aber den Schadenseintritt möglichst umgehen will[117]), umsomehr deshalb, weil diese feinen subjektiven Unterscheidungen erhebliche Beweisschwierigkeiten bieten dürften[118]).

Wie verhält es sich aber dann, wenn der Geschäftsbesorger sich unbewußt gefährdet und ihn deshalb ein unvorhergesehener Schaden trifft? Besteht die Möglichkeit, auch solche Schäden dem Aufwendungsbegriff unterzuordnen und unter welchen Voraussetzungen kann das geschehen? Diejenigen, die die Möglichkeit leugnen, Schaden als Aufwendung anzusehen, weisen hauptsächlich auf den begrifflichen Gegensatz hin. Den Unterschied begründet hiernach die subjektive Auffassung des Aufwendenden bzw. Geschädigten. Schaden ist im weiteren Sinne jede Einbuße einer Person an ihren Rechts- und Lebensgütern[119]). Im Privatrecht bezeichnet man ihn als den Nachteil, den jemand gegen seinen Willen erlitten hat[120]). Schaden tritt also gegen den Willen des Betroffenen ein, eine Aufwendung wird freiwillig vorgenommen. Gegen die Definition des Schadens ist nichts einzuwenden. Auch die Aufwendung wird sich meistens so darstellen, wie sie hier gekennzeichnet ist; aber nicht immer. Deshalb muß der Aufwendungsbegriff anders begrenzt werden.

Wenn wir genau wie die angeführten Schriftsteller bei der Bestimmung des Aufwendungsbegriffes von dem Sprachgebrauch und der Auffassung des täglichen Lebens ausgehen, so finden wir, daß auch Vermögensminderungen als Aufwendungen betrachtet werden, denen das Moment der Freiwilligkeit nicht innewohnt. Nicht alle nötig werdenden Aufwendungen lassen sich von vornherein übersehen[121]). Zwar können sie trotzdem freiwillig gemacht sein, oft wird aber die

---

[116]) In diesem Punkte übereinstimmend Böckel S. 404.

[117]) Ennecc.-Lehmann § 159, 4 nennt dies bedingte Aufwendungen.

[118]) Das erkennt auch Böckel S. 405 an.

[119]) Ennecc.-Lehmann § 14.

[120]) Böckel S. 393; Crome 2, § 150; Dernburg 2, § 24.

[121]) A. M. Böckel S. 419, der die Voraussehbarkeit als die Regel für Aufwendungen ansieht, im Gegensatz zum Schaden. Aber gerade das Beispiel Oertmanns, das er anführt, spricht dagegen: Oertmann fragt zu § 670, warum der Beauftragte eher die Kurkosten für das auftragsmäßig gekaufte Tier erhalten soll, als Ersatz des Schadens, der ihm durch einen Tritt des Tieres entsteht. Böckel antwortet, weil die Kurkosten voraussehbar waren. Oertmann meint aber gerade einen Fall unvorhersehbarer Kurkosten.

Unvorhersehbarkeit mit Unfreiwilligkeit zusammentreffen. Es wird z. B. auf einer Eisenbahnfahrt unvorhergesehen ein Zuschlag nötig. Auch hier bezahlt er nicht freiwillig, sondern weil er bezahlen muß. Es bleibt ihm nichts anderes übrig, da er ja zur Erfüllung der plötzlich gegen ihn entstandenen Forderung gezwungen werden kann. Von einer freiwilligen Vermögensaufopferung kann demnach in den genannten Fällen keinesfalls die Rede sein. Dennoch wird jedermann solche plötzlich auftretenden Forderungen gegen den Beauftragten, die er notwendig bezahlen muß, als Aufwendung ansehen. Es sei hier auf das obenerwähnte Beispiel RGZ 73 S. 208 verwiesen, in dem die sich als notwendige Folge der Auftragsausführung ergebenden Opfer mit Recht als Aufwendungen angesehen wurden. Der Beauftragte, der die Grundstücke auftragsgemäß an einen Dritten aufgelassen hatte, sah plötzlich, daß dadurch gegen ihn der Anspruch der Steuerbehörde auf Zahlung der Umsatzsteuer entstanden war. Er bezahlt sie doch nicht etwa aus freien Stücken, sondern weil er bezahlen muß. Von diesem Fall bis zu demjenigen, in welchem dem Beauftragten ein unvorhergesehener Schaden entsteht, ist aber nur ein Schritt. Im ersten entsteht eine unvorhergesehene Forderung gegen den Beauftragten, im zweiten tritt der Vermögensnachteil unmittelbar ein; im ersten vermehren sich die Passiven, im zweiten mindern sich die Aktiven. Es darf daher kein Unterschied zwischen diesen Fällen und denjenigen gemacht werden, in welchen dem Beauftragen aus unzertrennlich mit dem Auftrag verbundenen Gefahren ein Schaden entsteht[122]), d. h. ein Schaden, der nach der Verkehrsauffassung typisch berechenbar ist[123]). Beiden Fällen ist objektiv die Vermögensminderung, subjektiv die Unfreiwilligkeit eigen. Zwar geschieht die Begleichung der Kosten im ersten Fall bewußt, der Schadenseintritt im zweiten Fall aber nicht. Trotzdem liegt nicht nur im ersten Falle eine Aufwendung vor. Ob der Schaden durch Entstehung einer Forderung gegen den Geschädigten oder durch direkten Verlust eines Gutes eintritt, ist schließlich nur eine Frage der Schadensentstehung, aus der keine Differenzierung der Fälle hergeleitet werden darf. Maßgebend ist vielmehr, daß in beiden Fällen das Bewußtsein einer Handlung vorhanden ist, die zum Auftragsziel hinführt, daß die Absicht der Zweckförderung besteht. In den genannten Fällen liegt eine Hand-

[122]) Vgl. RG LZ 1910 S. 860.
[123]) Oertmann § 670, 3 b β.

lung vor, die auf das Auftragsziel hinführen soll, und der Vermögensverlust ist deshalb der direkten Aufopferung gleichzuachten, mag auch der Schadenseintritt nicht gewollt sein[124]). Endgültig will der Beauftragte den Schaden ja auch bei bewußter Gefährdung nicht tragen[125]). Ebensowenig hätte er es gewollt, wenn er — für den Fall, daß er sie nicht vorhergesehen hat — die Gefahr erkannt hätte[126]). Man wird nun einwenden, daß auch bei dieser Auffassung Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des subjektiven Elements der zweckfördernden Absicht entstehen können. Es ist richtig, daß sie sich nicht ganz beseitigen lassen (wo wäre das bei subjektiven Dingen überhaupt der Fall!). Aber sie sind nicht allzu groß, da die objektiven Bedingungen, sowie die näheren Umstände der Art der Ausführung meistens einen Schluß auf die subjektiven zulassen werden.

Beleuchtet man die Rechtsprechung des Reichsgerichts nach den oben entwickelten Gesichtspunkten, so ergibt sich, daß der vom Reichsgericht zur Schadenshaftung herangezogene Rechtsgrund, nämlich der Aufwendungsbegriff, befriedigend ist, die Begründung dafür aber nicht. Weil die Gefahren mit der Auftragsausführung von selbst verbunden sind, soll dieser Schaden Aufwendung sein. Es wird also nur die objektive und nicht die subjektive Seite betrachtet, wonach es auf das Bewußtsein der Geschäftsförderung ankommt. Dieses subjektive Element stellt aber ein wesentliches Verbindungsglied zur subjektiven Seite des Aufwendungsbegriffs dar.

Es wird nun die Ansicht vertreten, daß diese Auffassung, falls sie richtig wäre, nur für den Verlust von Vermögensstücken Geltung beanspruchen könne. Trete eine Gesundheitsschädigung des Beauftragten ein, so seien die zu ihrer Wiederherstellung aufgewendeten Kosten keine Aufwendung zur Ausführung des Auftrags, sondern eben zur Wiederherstellung der Gesundheit. Deshalb könnten sie nicht nach § 670 ersetzt werden[127]). Dem ist entgegenzuhalten, daß man

---

[124]) Ennecc.-Lehmann (11. Bearbeitung) § 139 Anm. 3; Eck S. 335.

[125]) Oertmann § 670, 3 b.

[126]) Es ist mit Recht gesagt worden (Böckel S. 404, Baring S. 329), daß zu dem Aufwendungsbegriff nicht nur eine bewußte, sondern eine zweckfördernde Aufopferung nötig ist. Diesem Merkmal ist in den obigen Ausführungen Rechnung getragen, da nur von Handlungen gesprochen wurde, die zum Auftragsziel hinführen.

[127]) Planck § 670, 3; Leonhard bei Eck S. 335, Anm. 4; Achilles-Greiff § 670, 1; Staudinger-Kober § 670, 1a.

im BGB unter Vermögensminderung ja nicht nur den direkten Verlust von Vermögensgegenständen versteht, sondern auch jede mittelbare Vermögensschädigung [128]). Eine solche ist gerade die Körperverletzung oder andere Gesundheitsschädigungen. Die Minderung des Vermögens hängt so eng mit der Gesundheitsschädigung zusammen, daß es unmöglich erscheint, die zur Wiederherstellung der Gesundheit nötigen Kosten von der Gesundheitsschädigung selbst zu trennen [129]). Es spielt also keine Rolle, ob infolge der Gefährdung ein Vermögensstück oder ein sogenanntes Lebensgut getroffen wird, genau so wenig, wie ein Unterschied zu machen ist, ob bei den unzweifelhaft zu den Aufwendungen gehörenden Aufopferungen freiwillig Vermögensgegenstände fortgegeben werden oder die Gesundheit aufgeopfert wird. Die gegenteilige Ansicht würde zu dem unhaltbaren Resultat führen, daß der Lebensretter (bei Geschäftsführung ohne Auftrag) zwar Ersatz für seine verdorbene Kleidung, nicht aber für seine Gesundheitsschädigung erhält [130]).

Die Schäden des Beauftragten können also unter den Aufwendungsbegriff gebracht werden. Auf der objektiven Seite muß es sich um Schäden handeln,

> die mit der Geschäftsbesorgung untrennbar zusammenhängen, d. h. adäquat bestimmbar sind. In diesem Erfordernis ist enthalten, daß erforderliche Ausführungshandlungen vorliegen. Auch die objektive Vorhersehbarkeit ist mit eingeschlossen. Die als notwendige Folge entstehenden Kosten sind nur ein Unterfall der untrennbar verbundenen Vermögensminderungen (s. o. S. 37).

Die subjektive Seite verlangt

> Handlungen, die der Geschäftsbesorger mit der Absicht vornimmt, die Geschäftsbesorgung zu fördern.

Wenn man, wie es hier geschehen ist, gewisse Schäden begrifflich als zu den Aufwendungen gehörig ansieht, so kann man für die Haftung des Auftraggebers keine Argumente aus der Unentgeltlichkeit des Auftrags herleiten [131]), denn der

---

[128]) Orthal S. 37; Böckel S. 394; RGZ 101 S. 420: »Ersatz für allen Schaden, der sich als ... mittelbare Folge des schadenbringenden Ereignisses darstellt«.

[129]) Im Ergebnis ebenso: RG Recht 1921 Nr. 1867; Staub-Pinner § 110, 3 b; Brückmann S. 199; Kohler Lehrbuch II S. 452.

[130]) Hoeniger S. 275.

[131]) Wie es Crome a. a. O. und Dernburg a. a. O. tun; vgl. auch Oertmann § 670, 3 b β;

Begriff der Aufwendungen ist, wie eingangs gesagt wurde, im ganzen BGB gleich[132]). § 670 verweist durch seinen Wortlaut ebenso wie viele andere Bestimmungen des besonderen Teils des Schuldrechts auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 256 ff.

Weiter ergibt sich, daß die Ausdrucksweise des § 110 HGB nicht als korrekt bezeichnet werden kann, da dort die Verluste, die mit der Geschäftsführung untrennbar verbunden sind, neben den Begriff der Aufwendungen gestellt sind.

Ueber den Umfang des Anspruchs ist zu sagen, daß nur das damnum emergens zu ersetzen ist, nicht auch das lucrum cessans. Bei einer aus Verschulden folgenden Schadensersatzpflicht nach allgemeinen Grundsätzen muß gemäß den §§ 249—259 beides ersetzt werden. Bei der Ersatzpflicht aus § 670 ist gemäß § 256 nur der aufgewendete Betrag zu ersetzen, also nur die tatsächliche Vermögensminderung. Dazu gehört das lucrum cessans nicht[133]). Dieses Ergebnis zeigt die Billigkeit der obigen Entscheidung. Den Mandanten mit dem Ersatz des entgangenen Gewinns zu belasten, würde angesichts der Tatsache, daß ihn kein Verschulden trifft, zu weit führen[134]). Man darf nicht etwa aus der Einordnung des Schadens unter die Aufwendungen schließen, daß der Umfang sich nach §§ 249 ff. bestimmt, sondern gerade, weil dieser Schaden begrifflich zu den Aufwendungen gehört, sind die §§ 256 ff maßgebend. Eine ähnliche Frage taucht bei § 1715 BGB auf. Dort heißt es: »Der Vater ist verpflichtet, der Mutter ... falls infolge der Schwangerschaft oder der Entbindung weitere Aufwendungen nötig werden, auch die dadurch entstehenden Kosten zu ersetzen.« Ist schon die Gegenüberstellung der Worte »Aufwendungen« und »Kosten« merkwürdig, so gibt der Gebrauch des Ausdrucks »Aufwendungen« an dieser Stelle besonders zu denken. Nach Wortlaut und Sinn handelt es sich bei diesem Anspruch des § 1715 um einen Schadensersatzanspruch[135]). Infolgedessen behaupten manche, daß auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist[136]). Da es sich um Schadensersatz handelt, hätte man normalerweise im Gesetz die Formulierung: »den durch

---

[132]) Böckel S. 398.
[133]) Siehe unten S. 61.
[134]) Ortal S. 45.
[135]) Zieger Sächs. A. 13 S. 18; Opet-Blume § 1715, 4 b; Staudinger-Engelmann § 1715, 2 c.
[136]) Kipp-Wolff § 95, Anm. 54; Planck § 1715, 1 c.

die Schwangerschaft entstehenden Schaden zu ersetzen« antreffen müssen. Das Gesetz spricht aber nur vom Ersatz der zur Schadensausgleichung gemachten Aufwendungen, während andererorts immer nur der entstandene Schaden als solcher, nicht aber die zu seiner Beseitigung aufgewendeten Kosten betrachtet werden. Es liegt also die Vermutung nahe, daß das Gesetz den Ausdruck Aufwendungen nur wählt, um eine Begrenzung des Anspruchs herbeizuführen. Denn während ein Schadensersatzanspruch sich nach den §§ 249 ff. regelt, bestimmt sich der Aufwendungsanspruch wie gesagt nach den §§ 256 ff. hat also einen anderen Umfang. Im letzteren Fall ist nur die tatsächliche Vermögensminderung, aber nicht der entgangene Gewinn zu ersetzen. Von entgangenem Gewinn kann denn auch bei den durch Aufwendungen entstandenen Kosten nicht die Rede sei [137]).

---

[137]) Staudinger-Engelmann a. a. O.; Opet-Blume a. a. O.; OLGE (Hamburg) 38 S. 256 f.

B. Verwendung eigener Arbeitskraft im Beruf als Aufwendung.

§ 7. Entgeltliche und unentgeltliche Geschäftsbesorgung. Vergütung und Aufwendung.

Wir haben uns nun mit der zweiten Frage zu beschäftigen, ob die Verwendung eigener Arbeitskraft im Beruf dem Auftraggeber vom Beauftragten als erstattungsfähige Aufwendung in Rechnung gestellt werden kann. Man hat sich z. B. den Fall vorzustellen, daß ein mit einer Hausverwaltung betrauter Maurermeister notwendig werdende bauliche Reparaturen am Hause vornimmt. Kann er hierfür Vergütung verlangen? Während bei entgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen gerade die Arbeitskraft vergütet wird, ist das Wesen des Auftrags die unentgeltliche Geschäftsbesorgung. Wenn man beim Auftrag die Verwendung von Arbeitskraft als Aufwendung im Sinne des § 670 ansehen wollte, so würde der Gegensatz zu den entgeltlichen Vertragstypen aufgehoben[138]); ebenso würden im gleichen Falle die unentgeltlich zu leistenden Pflichten der Vormundschaft im Widerspruch zum Gesetz entlohnt werden[139]). Hier erkennt man die Grenzen, die einem derartigen Aufwendungsersatz gezogen sind. Er muß insoweit ausscheiden, als er sich als Vergütung der Geschäftsbesorgung darstellen würde. Als Leitgedanke haben wir deshalb bei der folgenden Untersuchung immer den Gegensatz von Vergütung und Aufwendung im Auge zu behalten[140]).

§ 8. Gemeines Recht und BGB.

a. Gemeines Recht.

Schon im gemeinen Recht beschäftigte man sich mit der Frage. Dort fragte man sich, ob der Vormund oder der Man-

[138]) Lotmar S. 86; Planck § 670, 2; Staudinger-Engelmann § 670, I a; Oertmann § 670, 2; Warneyer § 670 1; Goldmann-Lilienthal S. 697; Ennecc.-Lehmann § 159, 2; Achilles-Greiff § 670, 1.

[139]) Motive IV S. 818.

[140]) OLGE (KG) 18 S. 301; s. auch die Regelung des Finderlohns in § 970 im Gegensatz zu den Aufwendungen des Finders in § 971.

datar Vergütungen für seine Dienste verlangen kann. Danach kam man meistens zur Verneinung eines Anspruchs, da die Vormundschaft ein munus publicum, das mandatum ein Gefälligkeitsdienst sei. Die in Betracht kommenden Quellenstellen[141]) wurden von den einzelnen Schriftstellern verschieden ausgelegt. Da das corpus juris beim Aufwendungsersatz des Beauftragten nur von »sumtus« und »impensae« spreche, also nur Ersatz für wirkliche Vermögensaufopferung gewähre, komme ein Ersatz für Arbeitsleistung nicht in Betracht. Wenn jemand freiwillig die Angelegenheiten eines anderen besorge, so gebe es dafür keinen Lohn[142]). Diejenigen, die danach zu dem Ergebnis kamen, daß die Arbeitskraft keine Aufwendung sein könne, fanden das auch in Uebereinstimmung mit den in Rom herrschenden wirtschaftlichen Verhältnissen. Da es nämlich infolge der Sklavenarbeit keine freie Arbeit gegeben hat, habe auch kein Bedürfnis bestanden, die Arbeit zu vergüten[143]).

Andere wieder behaupten, daß es doch einen solchen Aufwendungsersatz gegeben habe, und zwar dann, wenn nach den Umständen die Arbeitsleistung nur gegen Entgelt zu erwarten war, also dann, wenn sie zum Beruf des Arbeitenden gehört[144]). »Die Arbeitskraft und Zeit des Menschen betrachten wir als ein ökonomisches Gut von Werth ... Wer seine Arbeitszeit in fremden Interessen freiwillig verwendet, macht ebenso eine Verwendung von ökonomischen Gütern, wie derjenige, welcher eigenes Geld in fremden Interessen ausgiebt.«[145]). Ebenso sprechen sich andere aus[146]): Das quidquid impenderit umfasse jede wirtschaftliche Leistung, demnach auch die Arbeitskraft, die »operae impensae«. Diese Auf-

---

[141]) Z. B. D (17,1) 26 § 8.

[142]) Glück Bd. 5 S. 376: »eine Belohnung für seine Mühe kann der neg. gestor nicht verlangen«. Ebenso OAG Dresden Seuff. A. 6 Nr. 35.

[143]) Vgl. Petrazycki, S. 354.

[144]) Petrazycki S. 354 ff. (dazu kritisch Lotmar S. 87); Kohler, Menschenhülfe S. 110, 111: »Am allerwenigsten ist die Entäußerung zu vermuten bei Dienstleistungen einer Person, welche derartige Dienste gegen Entgelt gewerblich zu leisten pflegt: man denke an die Dienstleistungen des Kaufmanns, des Architekten, Arztes, Advokaten«; Kritz Kap. 2 § 3; Sintenis S. 571 f.

[145]) Petrazycki S. 359.

[146]) Siehe die unten angeführte Rspr. und Carl S. 1 ff., der aber noch weitergehend meint, die Römer hätten jede Arbeitsleistung als Aufwendung angesehen, ohne Rücksicht darauf, ob die Arbeit zum Beruf gehört oder nicht.

fassung behauptet, die römischen Rechtssätze mit der modernen Auffassung in Einklang zu bringen, da sie einerseits dieses Ergebnis durch Auslegung der Quellen erlangt, und es andererseits als der modernen Zeit entsprechend ansieht, in der die Arbeitskraft infolge des Vorherrschens der freien Arbeit die hervorragendste Bedeutung als wirtschaftliches Gut einnehme[147]). Deshalb kritisiert Petrazycki die Auffassung des BGB, welches die Verwendung von Arbeitskraft nicht zu den Aufwendungen zähle. »Die römischen Juristen haben einen mehr vorgeschrittenen Anschauung gehuldigt«[148]). In letzterer Richtung bewegte sich auch die Rechtsprechung gegen Ende des 19. Jahrhunderts. Zwei bekannte Fälle sind in Seuff. A. Bd. 46 Nr. 186 und Bd. 50 Nr. 15 behandelt.

Der Sachverhalt im ersten Fall ist folgender: Ein Arbeiter hatte in der Nacht unter Aufwendung bedeutender Mühe eine Anzahl Petroleumfässer aus der Elbe aufgefischt. Die Fässer stammten aus einem Schiff, welches Havarie erlitten hatte. Der Kläger verlangte von dem Eigentümer der Fässer eine Vergütung für seine Arbeit. Das OLG Hamburg gab seinem Anspruch statt. Die römisch-rechtlichen Ausdrücke quidquid impenderit und sumtus müßten so gefaßt werden, daß in gewissen Fällen auch die Arbeitskraft darunter fiele. »Bei Leuten, welche, wie der Kl. ihre Arbeitskraft wirtschaftlich verwerten, ist es allerdings ein impensum und ein sumtus, wenn jemand seine Arbeitskraft in der F o r m, in welcher er sie wirtschaftlich zu verwerten pflegt, hier körperliche Arbeit, dem Interesse eines anderen opfert. Ob dies bei Tage oder bei Nacht geschieht, ist gleichgültig; wer bei Nacht angestrengt tätig ist, muß dafür bei Tage ruhen und kann derweile seinem Erwerb nicht nachgehen; er bringt also ein wirtschaftliches Opfer«[149]). »Das quidquid impenderit, wofür dem gestor Vergütung zu Teil werden soll, ist ein ganz allgemeiner Begriff, welcher jede wirtschaftliche Leistung umfaßt. Nach heutiger Auffassung ist vor allem auch die A r b e i t eine wirtschaftliche Leistung, welcher ihr Lohn gebührt, und derselbe ist daher wie dem Mandatar, so auch dem neg. gestor für seine Mühewaltung nicht zu versagen, wenn es sich um Dienste handelt, welche nach den Anschauungen des Verkehrslebens anders als entgeltlich nicht geleistet werden«[150]).

---

[147]) Petrazycki a. a. O.
[148]) S. 362; ebenso Carl S. 46.
[149]) S. 290.
[150]) S. 291.

In Bd. 50 Nr. 15 liegt ein ähnlicher Fall zur Entscheidung. Bei einem Schadenfeuer in einer Fabrik hatten die Fabrikarbeiter sich eifrig und mit gutem Erfolge an der Rettung der bei der beklagten Gesellschaft versicherten Mobilien beteiligt. Das OLG Hamburg schloß sich den Ausführungen des LG an, das den Arbeitern den Anspruch zubilligte. Das LG hatte im Anschluß an Bd. 46 Nr. 186 ausgeführt, daß für »körperliche Arbeit vom Geschäftsherrn nach denselben Regeln eine Vergütung geleistet werden muß, wie sie für sonstige geldwerte Aufwendungen des Geschäftsführers bestehen« [151]).

Aus dem Urteil in Bd. 46 Nr. 186 geht soviel hervor, daß die Arbeitskraft als Aufwendung angesehen werden muß, wenn man auch eine strenge Scheidung von »Lohn« und »Aufwendungen« vermißt [152]). Es ist nur unklar, ob das Gericht die Arbeitskraft als solche zu den Aufwendungen rechnet, oder nur deshalb, weil dem Arbeitenden anderweiter Verdienst entgeht, wie man aus dem Satz entnehmen könnte, daß der Nachtarbeiter sich bei Tage ausruhen muß, also seinem Erwerbe nicht nachgehen kann, damit ein wirtschaftliches Opfer bringe.

b. Das BGB.

Auch in der Wissenschaft und der Rechtsprechung zum BGB treffen wir mehrere Ansichten an. Es lassen sich drei verschiedene Gruppen unterscheiden, nämlich solche, nach denen jede Verwendung von Arbeitskraft als Aufwendung anzusehen ist, solche nach denen nur dann eine Aufwendung vorliegt, wenn es sich um Tätigkeit im Beruf oder Gewerbe handelt, schließlich solche, nach denen keinerlei Tätigkeit als Aufwendung angesehen werden darf.

Die erste Ansicht wird von Carl [153]) für die Geschäftsführung ohne Auftrag vertreten. Obwohl das Gesetz in § 1835 II deutlich zu erkennen gegeben habe, daß es Dienstleistungen nicht als Aufwendungen ansehe, müßten sie doch dazu gerechnet werden. Das entspreche der römisch-rechtlichen Ansicht. Die Billigkeit und die Interessen des Geschäftsherrn erforderten es, dem Geschäftsführer seine Tä-

[151]) S. 25.
[152]) S. oben S. 48.
[153]) S. 43.

tigkeit als Aufwendung zu vergüten und zwar nicht nur eine Tätigkeit, die zu seinem Beruf gehört, wie häufig behauptet werde, sondern eine jede Tätigkeit. Man könne auch nicht einsehen, warum die außerberufliche Arbeit, die doch bei Vorliegen eines Vertrages vergütet werde, im Gegensatz zur Berufsarbeit bei Geschäftsführung ohne Auftrag nicht vergütet werden soll.

Die zweite Auffassung will nur die zum Berufe oder Gewerbe gehörenden Dienstleistungen als Aufwendungen ansehen. Zur Begründung wird (soweit nicht eine solche überhaupt fehlt[154]) einmal der § 1835 II herangezogen. Danach sei davon auszugehen, daß die Leistung von Arbeitskraft keinen Vermögensbestandteil und damit keine Aufwendung darstelle[155]). Sie sei es jedoch im Falle des § 1835 II kraft gesetzlicher Fiktion. Diese Vorschrift habe allgemeine Bedeutung. Die Motive [156]) führen zu § 1835 II an, daß diese Ausnahme von der sonstigen Unentgeltlichkeit der Vormundschaft der Billigkeit entspreche, da ein solcher Vormund bei diesen Leistungen auch sonst von jedermann Vergütung erhalte. Diese Gesichtspunkte, so meint die Lehre, treffen aber bei anderen Vermögensverwaltungen und besonders beim Auftrag und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag in gleicher Weise zu. Auch hier müsse die Verwendung von Arbeitskraft als Aufwendung fingiert werden[157]).

Zum anderen und in Verbindung hiermit wird als Begründung der Gesichtspunkt des lucrum cessans angeführt, der überhaupt die Veranlassung für den § 1835 II gewesen sei[158]). Der Vormund wie der Beauftragte seien durch die Leistung von Diensten in ihrem Beruf verhindert worden, diese Dienste wie sonst gegen Entgelt zu leisten. Bei Personen, bei denen ein bestimmter Zeitabschnitt einer bestimmten Entlohnung oder einem bestimmten Verdienst gleichkomme, z. B. beim Tagelöhner, bei denen also Zeit Geld sei, müsse der durch die anderweitige Verwendung der Arbeitskraft eintretende Erwerbsverlust als aufgewendet angesehen

---

[154]) So bei Planck § 670, 2; Staudinger-Engelmann § 670, 1 a; Warneyer § 670, 1; Soergel §§ 669, 1, 670, 1; Enneccerus-Lehmann § 159, 2; Kohler Lehrb. II S. 432; Dernburg Bürg. R. § 297 I.

[155]) Oertmann § 670, 2.

[156]) Bd. 4, S. 1181.

[157]) OLGE (Kiel) 18 S. 25; RGRK § 670, 2; Warneyer § 1835 I; vgl. OLGE (Colmar) 8 S. 343.

[158]) Isay S. 145.

werden[159]). Diese Lehre sagt nicht, wie es gehandhabt werden soll, wenn die Leistung zur Ausführung des Mandats in eine Zeit fällt, in der der Beauftragte sonst ohnehin nichts verdient. Jedenfalls trifft der Gesichtspunkt des lucrum cessans, wie ihn diese Lehre auffaßt, in diesem Fall nur dann zu, wenn sich der Arbeitende infolge der Arbeitsleistung zu der üblichen Arbeitszeit ausruhen muß[160]). Das lucrum cessans soll nach dieser Ansicht eine Vermögensminderung sein. Dabei wird also nicht die wirkliche Arbeit, sondern eine hypothetische Arbeitsleistung betrachtet, die zur gleichen Zeit einen gewissen Gewinn gebracht hätte. Oertmann führt den gleichen Gedanken durch, beschränkt ihn aber nicht auf Verdienstentgang im Beruf, sondern will den entgangenen Gewinn offenbar in jedem Fall ersetzt wissen, in welchem dem Beauftragten nachweislich ein Verdienst entgeht[161]).

Weiter wird von dieser Ansicht geltend gemacht, bei solchen beruflichen Arbeiten müsse ein Beauftragter, der nicht die berufliche Vorbildung besitze, einen geschulten Arbeiter annehmen. Die hierfür nötigen Kosten würde er vom Geschäftsherrn als Aufwendung nach § 670 zurückerhalten. Wenn er die Arbeit selbst verrichte, müsse ebenso seine Arbeitskraft bezahlt werden. Diese Leistung habe er nicht unentgeltlich übernommen[162]).

Isay, der von dem schon erwähnten Standpunkt des lucrum cessans zum gleichen Ergebnis kommt[163]), benutzt die Streitfrage zu einer Kritik der im Gesetz vorgenommenen Abgrenzung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsverträgen[164]). Die scharfe Trennung der verschiedenen Arten der Geschäftsbesorgung, die aus dem römischen Recht übernommen sei, habe keine praktische Bedeutung, da sowohl beim Dienst- wie beim Werkvertrag Vor-

[159]) Staudinger-Engelmann § 1835, 1 c; Isay S. 148; Fuchs § 1835, 2 c: »kommt auch die Aufwendung von Zeit einer Vermögensminderung im wirtschaftlichen Endergebnisse völlig gleich und ist deshalb als Aufwendung anzusehen«; auch Oertmann a. a. O. und § 683„ 3 b sieht den Verdienstentgang als Aufwendung an; Sturm S. 18; ebenso Moesch S. 47, obwohl er das Vorliegen einer Aufwendung leugnet, s. unten S. 54.

[160]) Vgl. Seuff. A. 46 Nr. 186.

[161]) a. a. O.; s. Carl S. 44.

[162]) Neumann § 670, 7 a; Goldmann-Lilienthal S. 697, Anm. 1; Eck S. 538, Anm. 3.

[163]) S. 148; »zu den Aufwendungen des gestors gehört auch diejenige Tätigkeit, welche innerhalb des Umfanges seines Gewerbes oder Berufes liegt«.

[164]) S. 146 f.

schriften bestehen, die für gewisse Fälle Entgelt gewähren, welche nach dem Gesetz eigentlich zum Auftrag gehören. Das ist einmal § 612 für den Dienstvertrag und dann § 632 für den Werkvertrag, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten war. Falle die Arbeitsleistung in das Gewerbe des Geschäftsbesorgers, so kämen diese Vorschriften zur Anwendung, da eine Vergütung hier den Umständen nach zu erwarten war.

Schließlich findet man auch die Meinung vertreten, daß die Arbeitskraft nie, also auch nicht im Beruf, eine Aufwendung sein könne, da sie nicht zum Vermögen gehört, so vor allem Lotmar [165]). Da die Arbeitsleistung fremde Bedürfnisse befriedigen könne, sei sie für den Empfänger ein wirtschaftliches Gut und damit eine Zuwendung. Für den, der sie verrichtet, sei sie jedoch keine Vermögensaufwendung. Als Aufwendung von Nerven- und Muskelsubstanz gehöre sie nicht zum Vermögen, denn dieses sei rechtlich etwas außerhalb des Menschen liegendes [166]). Ebenso sei sie auch kein Zeitaufwand, denn Zeit sei kein Gut, das man aufwenden könne, sondern ein Maß für die Arbeit. »Wer arbeitet, macht nicht einen Zeitaufwand, den er ohne die Arbeit nicht machen würde, da die Zeit ja auch ohne die Arbeit verfließen würde« [167]). Es ergebe sich klar aus dem BGB, daß die Arbeit im Rechtssinne keine Vermögensaufwendung für den Arbeiter bedeute. Wäre es nämlich anders, so müßte der Beauftragte auf Grund des § 670 Ersatz dieser Aufwendungen erhalten, und das würde die Geschäftsbesorgung begriffswidrig zu einer entgeltlichen machen. Weiter erkenne man aus § 1835, II die Auffassung des Gesetzes. Da es hier besonders sagt, daß die gewerblichen Dienste des Vormunds als Aufwendung gelten, gibt es mit dieser Fiktion deutlich zu erkennen, daß sie es an sich nicht sind. Schließlich werde die Ansicht auch durch folgendes bestätigt: wäre die Arbeitsleistung eine Vermögensaufwendung, d. h. eine Vermögensminderung, so bedeutete ihr Unterbleiben eine Ersparnis für den Arbeiter. In Fällen, in denen die Arbeitsleistung aus

---

[165]) S. 83 ff. Ferner: Roeßler S. 13 f; Emerich S. 82; Moesch S. 45; Riezler S. 233, 236; Hachenburg S. 16; Schollmeyer S. 124; OLGE (Celle) 12 S. 275.

[166]) Lotmar a. a. O.; Roeßler S. 14; vgl. Wehrle S. 2, Anm. 4.

[167]) Lotmar S. 86; im Ergebnis ebenso: Planck § 1835, 2b; Opet-Blume § 1835, 2; Warneyer § 1835 1; RGRK § 1835, 2; Kipp-Wolff § 117.

irgendeinem Grunde unterbleibt (§ 615) ordnet das Gesetz an, daß der Arbeiter sich das durch Unterbleiben der Arbeit Ersparte auf den Vergütungsanspruch anrechnen lassen muß (hierzu auch § 346). Diese Bestimmung hätte keinen Sinn, wenn die Arbeitsleistung eine Fortgabe von Vermögensbestandteilen, ihr Unterbleiben damit eine Ersparnis wäre. Die Anrechnung des Ersparten würde dann in den genannten Fällen den Fortfall des Anspruchs bewirken. Wozu sollte das Gesetz ihn also statuiert haben?[168])

§ 9. Kritische Betrachtung.

Nach der im ersten Teil schon angeführten Definition hat man es bei Aufwendungen mit einer Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zwecks zu tun. Demnach muß zuerst darauf eingegangen werden, ob die Arbeitskraft als Vermögensbestandteil angesehen werden kann. Ist sie dies, so kann sie auch aufgewendet werden, ist sie es nicht, so wäre das nicht möglich[169]). Zur Beantwortung der Frage ist es wiederum erforderlich, sich über den Begriff des Vermögens Klarheit zu verschaffen.

Hier ist zu unterscheiden zwischen Vermögen im wirtschaftlichen und Vermögen im juristischen Sinn. Vermögen im wirtschaftlichen Sinne ist die Summe der wirtschaftlichen Güter, die jemandem zustehen und über die er verfügen kann. Dazu gehört nach dem Reichsgericht[170]) alles, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat. »Der Vermögensbegriff ist in erster Linie ein Begriff des wirtschaftlichen Lebens. Vermögen ist wirtschaftliche Macht, ist alles das, was für die wirtschaftlichen Verhältnisse einer Person Wert hat, ist somit ein Inbegriff von Werten, oder, da im System der Geldwirtschaft jeder Wert in Geld ausgedrückt werden kann, die Summe der geldwerten Güter einer Person«.

---

[168]) Vgl. Emerich S. 82.

[169]) And. Meinung Riezler Bürg. A. 27 S. 236, Anm. 38, der zwar auch die Arbeitskraft nicht zum Vermögen rechnet, ihre Leistung aber dennoch als Aufwendung ansehen will, da man sich Aufwendungen im Gegensatz zu Kosten ohne Bezugnahme auf das Vermögen denken könne. Gegen diese Ansicht s. die oben in § 1 gegebene Darstellung des Verhältnisses dieser beiden Begriffe.

[170]) RGStr 44 S. 233; Frank § 263 V.

Philippovich [171]) schreibt: »In der Verkehrswirtschaft ist Vermögen die Summe der wirtschaftlichen Güter und Vermögensobjekte, über welche jemand verfügt«.

Vermögen im juristischen Sinne ist der Inbegriff von Rechten, die einer Person zustehen [172]). Wirtschaftliche Güter werden also nicht mit einbezogen.

Gemäß dieser verschiedenen Vermögensauffassung treffen wir auf einen Gegensatz der nationalökonomischen und juristischen Auffassung von der Zugehörigkeit der Arbeitskraft zum Vermögen. Arbeitskraft wird gewöhnlich definiert als die Fähigkeit eines Menschen, Leistungen mit einem äußeren wirtschaftlichen Erfolg hervorzubringen [173]), als die Kraft zur Arbeit. Arbeit ist demnach die Betätigung der Arbeitskraft, die hervorgebrachte Leistung. Nach nationalökonomischer Betrachtung wird die Arbeitskraft wegen ihrer Fähigkeit, fremde Bedürfnisse zu befriedigen, d. h. wirtschaftliche Effekte zu erzielen, als Vermögensbestandteil angesehen, den man genau so verkauft, wie alle anderen Güter, deren Wert sich nach Angebot und Nachfrage bestimmt. Sie ist eine Ware [174]). Wenn sie also als zum Vermögen des Arbeiters gehörig angesehen wird, so könnte sie in diesem Sinne auch aufgewendet werden.

In der Rechtswissenschaft finden wir verschiedene Auffassungen der Arbeitskraft. Mit Recht wird für das BGB [175]) allgemein angenommen, daß die Arbeitsleistung für den Empfänger eine Zuwendung bedeutet, also auch eine ungerechtfertigte Bereicherung sein kann [176]). Hier interessiert aber

---

[171]) I S. 37.

[172]) Ennecc. (11. Bearbeitung) I. 1 § 124 I: »Unter Vermögen versteht das BGB die Gesamtheit der Vermögensrechte einer Person«, ferner: Ennecc.-Nipperdey § 124 I: »Vermögen ist die Gesamtheit der Rechte, die zur Befriedigung der Bedürfnisse einer Person dienen«.

[173]) Nachweise bei Nevoigt S. 5.

[174]) Lotmar S. 45, 136; Smith I die ersten Kapitel; Wehrle S. 2 f., 151; Riezler Bürg. A. S. 233; Nevoigt S. 5; Roeßler S. 5; vgl. aber Vertrag von Versailles Art. 427: »Die Arbeit darf nicht lediglich als Ware .... angesehen werden«.

[175]) Für das gemeine Recht s. oben S. 49 und Brinz Pand. 1. Aufl. S. 375: »wie denn die Arbeit oder Arbeitskraft noch nicht Vermögen ist« und D. (38,1) 6 und (12,6) 26 § 12.

[176]) Lotmar S. 82; Prölss Sp. 204; Nevoigt S. 12; manche geben das Vorliegen einer Bereicherung nur mit der Einschränkung zu, daß dem Empfänger eine andere Ausgabe erspart wurde: Ennecc.-Lehmann (11. Bearbeitung) § 120 I, 1 a; Staud.-Kober § 516 I. 1 b; RGRK §§ 812, 1 und 516, 2.

vielmehr die Frage, ob die Arbeitskraft im Rechtssinne einen Vermögensbestandteil des Arbeiters darstellt. Die Stellung der Wissenschaft hierzu erkennt man nicht nur bei der Behandlung der Aufwendungen, sondern z. B. auch bei den Problemen, ob die Arbeitsleistung Gegenstand einer Schenkung, einer Gläubigeranfechtung, eines Betruges, einer Erpressung [177]) usw. sein kann.

Die ausführliche Stellungnahme Lotmar's zu dem Verhältnis von Arbeitskraft und Vermögen wurde schon dargestellt (S. 54). Ebenso wie er behauptet Planck [178]), daß die Arbeitskraft kein Vermögensstück ist, sondern durch ihre Verwendung nur Vermögen erworben werden kann. In gleichem Sinne äußert sich Fuchs zu § 1805 BGB [179]). Hinsichtlich der unentgeltlichen Arbeitsleistung steht die herrschende Meinung [180]) auf dem Standpunkt, daß die Leistung von Arbeit keine Schenkung sein könne, da die Vermögensminderung auf Seiten des Arbeiters fehle. Ueber die Berechtigung dieser Ansicht wird noch gesprochen werden.

Ebenso wird die Möglichkeit einer Gläubigeranfechtung von unentgeltlichen Arbeitsleistungen des Schuldners oder Kridars deshalb geleugnet, weil nichts aus dem Vermögen des Schuldners geleistet wird [181]).

Roeßler [182]), der allgemein die Frage behandelt, ob die Arbeitskraft ein Rechtsgut ist, und Riezler [183]) untersuchen zuerst die Möglichkeit, die Arbeitskraft in das Sachenrecht einzuordnen. Das Ergebnis ist negativ. Es gibt an ihr weder ein Eigentum, da solche Herrschaftsrechte an Personen in unserem Rechtssystem nicht existieren, noch Besitz, da das geltende Recht keinen Besitz an immateriellen Gütern kennt [184]). In enger Anlehnung an Lotmar kommt Roeßler [185])

---

[177]) Hierfür s. Prölss Sp. 205 ff.

[178]) § 324 Nr. 2.

[179]) Anm. 2; nicht eindeutig Staudinger-Engelmann § 1805, Anm. 1.

[180]) Oertmann 1 vor § 516 und 517, 3; Planck § 516, 2; Lotmar S. 82; Riezler Bürg. A. S. 237; Rößler S. 16; Staudinger-Kober § 516 I, 1 b; nur der Erlaß einer für die Leistung zu beanspruchenden Vergütung kann Schenkung sein; Warneyer § 662 1; gegen die h. M. Ennecc.-Lehmann § 120 II, 2 und RGRK § 516, 2, falls durch die Arbeitsleistung eine regelmäßige Einnahme des Schenkers aufgehoben oder gemindert wird.

[181]) Mentzel KO § 29, 3 d und § 1, 4 b; JW 1924 S. 108.

[182]) S. 14.

[183]) Bürg. A. S. 233; vgl. Nevoigt S. 1 ff.

[184]) Riezler S. 235.

[185]) a. a. O.

dazu, den Charakter der Arbeitskraft als Vermögensbestandteil abzulehnen. Er fügt hinzu, daß die Arbeitskraft als Teil der Persönlichkeit schon deshalb nicht zum Vermögen gerechnet werden könne, weil ja konsequenterweise dann der ganze Mensch einen Vermögensbestandteil darstellen müsse [186]). Riezler [187]) sagt, die Arbeitskraft sei die wichtigste Quelle des Vermögens, aber sie selbst gehöre nicht zum Vermögen im juristischen Sinne. Sie stelle kein Vermögensaktivum dar, weder für ihren Träger, noch für ihren Nutzungsberechtigten.

Während alle angeführten Schriftsteller die Arbeitskraft nicht zum Vermögen rechnen, zitieren wir jetzt die Vertreter der entgegengesetzten Meinung. Besondere Beachtung verdienen die Ausführungen Nevoigts. Er gliedert die Frage, ob die Arbeitskraft einen Vermögenswert darstellt, ebenso wie es hier geschehen ist, in zwei Abteilungen: 1. ob ihre Inanspruchnahme für den Gläubiger einen Vermögenswert bedeutet, 2. ob sie zum Vermögen ihres Trägers gehört [188]). Unter Zugrundelegung des volkswirtschaftlichen Vermögensbegriffs prüft er, ob die Arbeitskraft ein wirtschaftliches Gut ist. Die Untersuchung läuft positiv aus, da jedes Mittel zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse ein solches Gut sei [189]). Für den, der sie in Anspruch nimmt, sei die Arbeitskraft demnach ein Vermögenswert. Aber auch für ihren Träger. Diese Ansicht wird aber nur aus dem volkswirtschaftlichen Vermögensbegriff hergeleitet. Nevoigt kommt in konsequenter Durchführung des Gedankens zu dem auch von Roeßler betonten merkwürdigen Ergebnis, daß, da die Arbeitskraft als Bestandteil des Menschen zum Vermögen gehöre, der ganze Mensch einen Bestandteil des Vermögens darstellt [190]).

Prölß [191]) vertritt die Ansicht, daß der nationalökonomische Satz »Arbeit gleich Ware« (also gleich Vermögensstück) auch im Rechtssystem Geltung beanspruchen könne, da der juristische und der ökonomische Vermögensbegriff sich im wesentlichen decken. Allerdings gehöre nicht die Arbeitskraft als solche zum Vermögen, sondern die von ihr abgespaltenen einzelne, geldwerte Arbeitsleistung. Diese Arbeits-

---

[186]) S. 14.
[187]) Bürg. A. S. 236.
[188]) S. 9.
[189]) S. 12.
[190]) S. 13 f.
[191]) Sp. 209 ff.

leistung sei Ware; sie vermehrt das Vermögen des Leistungsempfängers und vermindert das Vermögen des Leistenden[192]).

Wir sehen, daß die Zahl derjenigen, die die Arbeitskraft nicht zum Vermögen rechnen, die Zahl der Vertreter der bejahenden Ansicht bei weitem übersteigt. Wenn wir uns nach dem Charakter der Arbeitskraft fragen, können wir für unser Problem nur vom Vermögen im juristischen Sinne ausgehen. Es wurde schon gesagt, daß man danach als Vermögen einer Person die Summe der ihr zustehenden geldwerten Rechte anzusehen hat. Schon das zeigt deutlich, daß die Arbeitskraft nicht dazugehört, denn sie ist kein Recht, sondern eine Fähigkeit. Ein Vermögensstück ist notwendig etwas von dem Rechtssubjekt Getrenntes. Das ist bei der Arbeitskraft nicht der Fall; sie liegt im Menschen. Wenn man sie als Ware betrachtet, so vergißt man, daß sie im Gegensatz zu den Gütern, die üblicherweise als Waren bezeichnet werden, mit der Person des Verkäufers physisch verbunden ist[193]). Man ist vereinzelt dazu gekommen, sie als Vermögensstück anzusehen, weil ihre wirtschaftliche Bedeutung solche Gedanken nahelegt. So wiesen Carl, Nevoigt und Petrazycki[194]) mit Recht darauf hin, daß sie im modernen Wirtschaftsleben die größte Bedeutung hat, ja mitunter für den Erwerb des Menschen das wichtigste Gut ist. Wenn sie aus diesem Grunde als Vermögensbestandteil angesehen wird, so verkennt man ihre nur vermögens s c h a f f e n d e Funktion. Sie ist niemals selbst Vermögen, sondern höchstens Vermögens q u e l l e[195]). Auch daß sie bezahlt wird, ändert nichts an ihrem Charakter. Es wird nicht eine »Ware« veräußert; denn die Bezahlung ist kein Ersatz für verlorene Vermögenswerte, sondern ein Lohn für die Neuschaffung von solchen. Das Vermögen eines Menschen hat nicht durch ihr Vorhandensein Wert, sondern es besteht dadurch nur eine Möglichkeit es zu mehren. Wird diese Möglichkeit ausgenutzt, d. h. Arbeit geleistet, so geht dem Arbeiter damit nichts verloren, sondern er schafft neue Werte. Während also beim Aufwendungsersatz verlorene Vermögenswerte ersetzt werden, macht der Arbeiter mit dem Arbeitslohn einen Neuerwerb. Er wird für etwas bezahlt, was sich vorher noch nicht in seinem Vermögen befunden hat[196]). Bei entgegen-

[192]) Sp. 212.
[193]) Lotmar S. 45.
[194]) a. a. O.
[195]) Riezler Bärg. A. S. 236; Planck § 324, 2.
[196]) Lotmar S. 136.

gesetzter Auffassung vom Wesen der Arbeitskraft müßte man folgern, daß sie nie neue Werte schafft, sondern durch ihre Bezahlung eine infolge ihrer Verwendung eintretende Vermögensminderung ausgeglichen wird. Einer solchen Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Unsere Ansicht wird durch das Gesetz bestätigt, wie man aus § 1835 II entnehmen kann. Er lautet: »Als Aufwendungen gelten auch solche Dienste des Vormundes oder des Gegenvormundes, die zu seinem Gewerbe oder seinem Beruf gehören«. Es ist also hier eine besondere Fiktion nötig, um die Arbeitskraft als Aufwendung, also als Vermögensbestandteil anzusehen. Das Gesetz ist zu deutlich, um etwas anderes folgern zu können. Auch der § 615 führt zum gleichen Ergebnis [197]). Die Worte Lotmars seien hier zitiert: »Wenn wirklich die Arbeitskraft ein Vermögensbestandteil wäre, bedeutete ihr Unterbleiben (der Arbeitskraft) eine Ersparnis, und dann wäre die Vorschrift des § 615 unverständlich« [198]). Schließlich müßte anderenfalls die unentgeltliche Leistung von Arbeit auch eine Schenkung im Sinne des § 516 sein können [199]). Daß dem nicht so ist, erkennt man an einer systematischen Betrachtung des Verhältnisses der Auftragsvorschriften zu den Schenkungsvorschriften, welches hierfür besonders aufschlußreich ist. Der § 516 umfaßt alle Schenkungen mit Ausnahme der Zuwendung der Arbeitskraft. Für deren unentgeltliche Zuwendung sind nämlich die besonderen Auftragsvorschriften da [200]). Es wird die Vermögenszuwendung, bei der das Vermögen vermindert wird, in Gegensatz zu der Arbeitskraftzuwendung gebracht [201]). Die Arbeitskraft wird also nicht zum Vermögen gerechnet. Auch vom Standpunkt des lucrum cessans kommt man zu keinem anderen Ergebnis. Lotmar [202]) bemerkt richtig: »Wenn man den Vermögensaufwand des Arbeiters darin erblickt, daß dieser dem Entgelt entsagt, den er für die einem Dritten geleistete Arbeit erworben haben würde, so kommt man zu dem unhaltbaren Resultat, daß der Lohn, den er wirklich von

---

[197]) Ferner die §§ 324, 642, 649 BGB.

[198]) S. 87.

[199]) Oben S. 57.

[200]) Hedemann S. 367, 368; Hachenburg S. 16; Roeßler S. 16 f; Ennecc.-Lehmann § 120, II 2.

[201]) Warneyer § 662, I, erkennt das richtig, nimmt aber zu der Frage bei § 670 die erwähnte Stellung ein, oben S. 52, Anm. 134.

[202]) S. 85.

seinem Arbeitgeber erhält, Ersatz der ihm entgehenden Einnahmen ist — daß also ein Arbeitnehmer nicht Entgelt bekommt, für die Vermögenszuwendung, die er durch seine Arbeit dem Arbeitgeber macht, sondern Ersatz für den Entgelt, den er sonst von einem Dritten erhalten hätte, einen Entgelt, der wieder nur Ersatz des von einem Vierten zu erlangenden sein würde und so in infinitum. Daß die Arbeit, die jemand einem Anderen zuwendet, für den Arbeiter ein Vermögensaufwand sei, muß im Verhältnis dieser beiden bewiesen werden, aus der Arbeit, die wirklich erfolgt«.

Dem ist hinzuzufügen, daß doch von einer Vermögensminderung in den genannten Fällen keine Rede sein kann. Lucrum cessans ist eine Art des Begriffes des Schadensersatzes. Das BGB kennt zwei Arten des Schadensersatzes: Ersatz des positiven Schadens und des lucrum cessans. Während nun bei dem ersten das Vermögen tatsächlich gemindert wird und man die ehemals vorhandenen aber jetzt verlorenen Vermögensstücke ersetzen muß, ist der Gesichtspunkt beim lucrum cessans ein anderer. Hier betrachtet man das Vermögen, wie es sich entwickelt hätte. Es handelt sich also nicht darum, daß Vorhandenes verloren wurde, sondern darum, daß ein zu erwartender Hinzuerwerb unterblieben ist. Von einer tatsächlichen Minderung und damit einer Aufwendung, kann demnach beim lucrum cessans nicht die Rede sein[203]). Eine Aufwendung liegt nur vor, wenn die Aktiven abnehmen oder die Passiven zunehmen[204]).

Es sei immerhin bemerkt, daß de lege ferenda die Ansichten der Schriftsteller, welche die Arbeit als Vermögensstück ansehen, nicht von der Hand zu weisen sind. Tatsächlich hat die Arbeit im wirtschaftlichen Leben eine Bedeutung, die weit über die ihr vom Rechtssystem eingeräumte Anerkennung hinausgeht. Es kann aber in diesem Sinne nie die Arbeitskraft als Ware angesehen werden, sondern nur die einzelne

---

[203]) So auch Moesch S. 46.

[204]) v. Tuhr S. 38. Nicht ganz klar ist die Stellung des RGRK § 670, 2 zu dem Problem: »Auch der Verlust an Verdienst während der dem Auftrag gewidmeten Zeit ist der Regel nach nicht als Aufwendung anzusehen, da mit der Arbeitskraft auch die Arbeitszeit in den Dienst des Auftraggebers gestellt ist«. (Ueber das Verhältnis von Arbeitskraft und Arbeitszeit s. oben S. 54.) Daraus, daß etwas zur Verfügung eines anderen gestellt ist, kann man doch nicht folgern, ob der zur Verfügung gestellte Gegenstand zum Begriff der aufwendungsfähigen Dinge gehört.

Arbeitsleistung[205]), wie es ja auch der nationalökonomischen Auffassung entspricht.

Für das geltende Recht aber ist festzustellen, daß die Arbeitskraft nicht zum Vermögen gehört. Daraus ergibt sich, daß sie nicht als Aufwendung angesehen werden darf und deshalb eine direkte Anwendung des § 670 auf Dienste des Beauftragten ausgeschlossen ist.

§ 10. Besonderheiten bei berufsmäßigen Diensten.

Es gibt aber Fälle, in welchen nach der Verkehrsauffassung ein Bedürfnis entsteht, dem Beauftragten eine Vergütung zukommen zu lassen. Man hat hier vor allem daran zu denken, daß die vorzunehmenden Arbeitsleistungen in den Beruf oder das Gewerbe des Beauftragten fallen, daß er also derartige Dienste nur gegen Entgelt zu leisten pflegt. Ein Rechtsanwalt übernimmt z. B. einen Auftrag zu einer Vermögensverwaltung; im Laufe der Verwaltung werden Prozesse nötig. Immer wieder ist versucht worden, dem Beauftragten hier einen Vergütungsanspruch für seine Arbeitsleistung zu gewähren, da die Tätigkeit zu seinem Beruf gehört. Das ist jetzt herrschende Meinung[206]). Dafür spricht erstens, daß er für derartige Handlungen auch von jedem anderen Entlohnung erhält, zweitens könnte er, wenn er diese Handlungen durch andere ausführen ließe, deren Bezahlung dem Auftraggeber als Aufwendung in Rechnung stellen[207]). Sollte er, wenn er die Handlungen selbst vornimmt, nichts erhalten? Das kann nicht angenommen werden. Hätte der Auftraggeber nicht zufällig einen Rechtsanwalt mit der Vermögensverwaltung beautragt sondern einen Kaufmann, so hätte dieser für einen Landgerichtsprozeß, der bei der Verwaltung nötig wird, einen Rechtsanwalt bestellen müssen. Die Kosten für dessen Bezahlung wären Aufwendungen. Führt nun der beauftragte Rechtsanwalt den Prozeß selbst, so ist klar, daß er dem Auftraggeber etwas erspart, was dieser sonst hätte bezahlen müssen[208]). Daraus folgt, daß er für seine Arbeit auch bezahlt werden muß, wenn er einen solchen Prozeß führt, wozu er ja nach dem Auftragsvertrage nicht verpflichtet ist.

---

[205]) Prölss Sp. 202.

[206]) Zitate oben S. 52, Anm. 154.

[207]) Neumann § 670, 7 a; Moesch S. 46 für die Geschäftsführung ohne Auftrag.

[208]) Eck S. 538, Anm. 3: »Der Lohn erscheint hier wie ein Aequivalent der dem Herrn ersparten Auslagen«.

Hier erhebt sich nun die Schwierigkeit abzugrenzen, wann danach eine Tätigkeit im Rahmen des Auftrags vergütet werden soll und wann nicht. Die Frage wurde schon im gemeinen Recht treffend beantwortet. Es wurde gesagt[209]), soweit man es mit der Geschäftsbesorgung als solcher zu tun hat, handelt es sich um eine Unternehmertätigkeit, die normalerweise jeder ausführen kann. Diese darf der Beauftragte keinem anderen übertragen, und wenn er es tut, jedenfalls die dafür nötige Bezahlung des Dritten dem Auftraggeber nicht als Aufwendung in Rechnung stellen; denn dadurch würde die Unentgeltlichkeit des Auftrages und der Vormundschaft umgangen. Handelt es sich aber um die einzelnen zur Durchführung des Auftrags nötigen Geschäfte, so ist zu unterscheiden, ob man es mit Dingen zu tun hat, die jeder ausführen kann, oder ob sie eine bestimmte berufliche Ausbildung erfordern, technische Tätigkeit. Im ersten Falle kommt eine Vergütung aus dem gleichen Grund nicht in Frage wie oben. Im letzteren dagegen ist eine solche zu gewähren, da ein Beauftragter, der nicht diesem Berufe angehört, nicht in der Lage wäre, diese Handlungen auszuführen, und deshalb für das konkrete Geschäft jemanden anstellen müßte[210]).

Die Berechtigung der Unterscheidung zwischen Unternehmertätigkeit und technischer Tätigkeit wird gerade beim Recht des Vormunds deutlich. Für ihn entsteht ebenfalls keine Verpflichtung, die technischen Tätigkeiten bei der Vermögensverwaltung vorzunehmen. Nur die Verwaltungshandlungen gehören zu seinem Pflichtenkreis[211]), nicht aber Dienste, die ein handwerksmäßiges, wissenschaftliches oder künstlerisches Können voraussetzen. Es wäre auch unmöglich, und den Interessen des Mündels abträglich, wenn der Vormund z. B. technisch-landwirtschaftliche Handlungen auf dem Gute des Mündels vornehmen sollte, obwohl er von Landwirtschaft keine Ahnung hat. Ist er aber zufällig Landwirt, so wäre es unverständlich, warum er für derartige Handlungen keine Vergütung erhalten soll, denn die Vormundschaft soll ja den Vormund nur mit der Unternehmertätigkeit belasten. Nach den aufgestellten Regeln würde der Vormund, der Rechtsanwalt ist, für einen Landgerichtsprozeß in Sachen des Mün-

---

[209]) Petrazycki S. 349.

[210]) Vgl. Staudinger-Engelmann § 1835, 1 d; RGRK § 1835, 2; Warneyer § 1835 I; Fuchs § 1835, 2 d; OLGE (Karlsruhe) 31 S. 416.

[211]) Langenbach LZ 1915 S. 1140; Petrazycki S. 353; Fuchs a. a. O.; ebenso ist es beim Auftrag s. Goldmann-Lilienthal I S. 697, Anm. 1.

dels die übliche Gebühr erhalten, nicht aber die Gebühr für die Empfangnahme von Geldern, da das keine technische Berufshandlung des Rechtsanwalts ist[212]).

Wenn man auch im Einzelfalle feststellen kann, was technische Berufstätigkeit ist, zu der Laienkenntnisse nicht genügen, so reicht das doch nicht zu einer Abgrenznug der Vergütungsansprüche aus. Es gibt nämlich auch Handlungen, die zwar von manchen Personen berufsmäßig ausgeübt werden, die aber dennoch auch von den meisten Laien ausgeführt werden können. Als Beispiel diene die Tätigkeit des sogenannten »ungelernten Arbeiters«. Man denke auch an die Führung schwieriger Amtsgerichtsprozesse oder an komplizierte Fragen der freiwilligen Gerichtsbarkeit[213]): in beiden Fällen besteht kein Anwaltszwang. In allen Beispielen handelt es sich um Tätigkeiten, die weder zu der Unternehmertätigkeit gehören, noch ausschließlich vom Sachkundigen ausgeführt werden können. Man sieht also, daß die oben wiedergegebene Unterscheidung einer Ergänzung bedarf. Den technischen Tätigkeiten muß das gleichgeachtet werden, was nicht jedermann zugemutet werden kann, selbst zu tun. Die Zumutbarkeit wird durch die Verkehrsauffassung bestimmt. Nach diesen Richtlinien können die obigen Fälle gelöst werden. Die erwähnten Arbeiten vergibt ein Laie normalerweise an solche Personen, die sie als Beruf ausüben. Wenn der beauftragte Sachkundige solche Tätigkeiten im Rahmen des Auftrages selbst vornimmt, so macht er etwas, was einem Laien im gleichen Falle nicht zugemutet werden könnte. Deshalb muß der Rechtsanwalt, der im Rahmen der unentgeltlichen Vermögensverwaltung einen Amtsgerichtsprozeß oder eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit führt, die übliche Vergütung dafür erhalten; ein Arbeiter muß für seine Handarbeit entlohnt werden.

Die aufgestellten Regeln können selbstverständlich nur für einen Auftrag mit Unternehmertätigkeit gelten. Hat der Auftrag nur technische Leistungen zum Gegenstand, so sind diese als Hauptgegenstand der vertraglichen Vereinbarung unentgeltlich zu leisten. Wenn man einen Rechtsanwalt mit einem Prozeß oder einen Architekten mit der Herstellung eines Planes beauftragt (i. S. des § 662!), so muß er seine Leistung un-

---

[212]) S. die zu Anm. 210 zitierten; kritisch Goldmann-Lilienthal III S. 406, Anm. 34.

[213]) Langenbach a. a. O.; OLGE (Karlsruhe) 31 S. 415 f.

entgeltlich bewirken, da der unentgeltliche Auftragsvertrag eben allein die Prozeßführung oder die Herstellung des Entwurfs zum Gegenstand hat. Man sieht an diesen Beispielen zugleich, daß diese Fälle kaum praktische Bedeutung haben dürften.

Die Ueberlegung, daß der Beauftragte bei Handlungen, die er von Dritten ausführen läßt, und nach den genannten Richtlinien ausführen lassen darf, nach § 670 BGB Ersatz erhält, drängt zwingend die Entscheidung auf, daß er entlohnt werden muß, wenn er die Handlungen selbst vornimmt. Wie ist dieser Anspruch aber zu begründen? Man hat als Rechtsgrund den § 1835 II angeführt: Was für den Vormund recht sei, sei für den Beauftragten billig [214]). Damit gibt man zu erkennen, daß diese Vorschrift allgemeine Geltung beanspruchen könne. Andere wieder sehen den § 1835 als Ausnahmevorschrift an, die deshalb nicht zur Analogie verwendbar ist. Diese Ansicht verdient den Vorzug. Das BGB verweist an allen Stellen, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben, auf die Vorschriften des Auftrags. Deshalb hätte der § 1835 II ebendahin gehört, wollte man ihm allgemeine Bedeutung beilegen [215]).

Einen weiteren Versuch, die Arbeitsleistung des Beauftragten zu vergüten, macht Isay vom Standpunkt des lucrum cessans aus [216]). Es wurde aber schon gesagt, daß damit nicht das Vorliegen einer Aufwendung bewiesen werden kann, und als selbständiger Rechtsgrund kommt der Begriff überhaupt nicht in Frage, da er ja nur den Inhalt eines schon gegebenen Schadensersatzanspruches kennzeichnet [217]). Selbst wenn aber die Ansicht Isay's durchschlagend wäre, bliebe die Lösung unbefriedigend, da man immer im Einzelfall den Nachweis eines Gewinnentganges führen müßte, was oft schwer genug fallen wird [218]). Wenn jemand auf der Straße ohnmächtig wird und ihn ein gerade vorbeikommender Privatarzt behandelt, so wird es dem Arzt nicht immer leicht sein, einen Gewinnentgang nachzuweisen. Weiter aber bleibt in Fällen, in denen nachweislich kein Gewinn entgeht, eine Lücke. Das sei an einem Beispiel demonstriert: ein mit einer Hausverwaltung beauftragter Maurer nimmt nach Arbeitsschluß bauliche Reparaturen an dem Hause vor. Zweifellos handelt es sich um

[214]) Oben S. 52.
[215]) So wohl auch Moesch S. 45.
[216]) Oben S. 52, Anm. 158.
[217]) Vgl. Vorbemerkung S. 11.
[218]) Brückmann S. 181 f.

berufliche Arbeit, sicher entgeht ihm kein Verdienst (wenn wir einmal nicht annehmen, er werde so angestrengt, daß er am nächsten Tage nicht arbeiten kann). Nach der Lehre Isay's könnte demnach eine Vergütung nicht stattfinden[219]).

Als richtige Lösung erscheint uns vielmehr eine analoge Anwendung des § 670 BGB auf diese Fälle, da eine große Aehnlichkeit mit der Aufwendung von Vermögenswerten vorliegt[220]). Analogie nennt man »die Ausdehnung (ausdehnende Anwendung) der aus dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf Fälle, die von den im Gesetz entschiedenen nur unwesentlich abweichen (rechtsähnliche oder wesensgleiche Fälle)«[221]). So liegt es auch hier; der Fall ist von dem im Gesetz geregelten nicht wesentlich verschieden. Der Beauftragte, der technische Handlungen vornimmt, erspart dadurch dem Geschäftsherrn das, was dieser sonst zahlen müßte. Der unwesentliche Unterschied liegt darin, daß der Beauftragte die Arbeit nicht an Dritte, sondern an sich selbst vergibt und zwar eine Arbeit, die nicht zu der unentgeltlich zu leistenden Unternehmertätigkeit gehört, sondern zu den Arbeiten, die der Unternehmer vergeben darf und soll. Dem Auftraggeber kann es gleich sein, ob die Arbeit von Dritten oder vom Beauftragten geleistet wird. Es erwächst ihm kein Nachteil dadurch, daß der beauftragte Anwalt den Prozeß selbst führt; im Gegenteil kann dies sogar sehr förderlich sein, weil er die Objekte der Vermögensverwaltung besser kennt und übersieht, als ein Dritter. Es wird auch niemand auf den Gedanken kommen, daß diese Arbeit den Geschäftsherrn nichts kosten soll, wenn nicht auch insoweit Unentgeltlichkeit vereinbart ist[222]).

§ 11. Zusammenfassung.

Der erste Teil der Untersuchung hat ergeben, daß es gewisse Schäden gibt, die dem Aufwendungsbegriff unterzuordnen sind und die daher vom Geschäftsherrn ersetzt werden müssen, obwohl ihn kein Verschulden trifft. Die charakteristischen Merkmale dieser Schäden sind: 1. sie müssen von der Geschäftsbesorgung unzertrennlich sein, 2. sie müssen vom

[219]) Für die Geschäftsführung ohne Auftrag s. das von Sturm S. 18 gegebene Beispiel.
[220]) Moesch S. 46.
[221]) Ennecc.-Nipperdey § 53 II, 1.
[222]) Neumann § 670, 7 b.

Geschäftsbesorger in einer den Geschäftszweck fördernden Absicht vorgenommen worden sein.

Im zweiten Teil der Arbeit wurde die Frage, ob die Verwendung von Arbeitskraft eine Aufwendung sein könne, abgelehnt, da die Arbeitskraft nach dem geltenden Recht kein Vermögensbestandteil ist. Dennoch kann dem Geschäftsbesorger in analoger Anwendung des § 670 BGB für die Verwendung seiner Arbeitskraft eine Vergütung zuteil werden, wenn es sich um die zu seinem Berufe gehörenden Dienste handelt, für die sich ein nicht dieser Berufsart angehörender Beauftragter eines Sachkundigen bedienen würde, soweit dem Beauftragten diese Tätigkeit nicht selbst zugemutet werden kann.

Lebenslauf.

Ich, Joachim Lewinthal, wurde am 6. Februar 1911 als Sohn des Kaufmannes Max Lewinthal und seiner Ehefrau Hedwig, geborene Rothschild, in Berlin-Schöneberg geboren. Ostern 1917 trat ich in das Werner-Siemens-Real-Gymnasium zu Berlin-Schöneberg ein und bestand dort Ostern 1929 die Abiturientenprüfung. Ich studierte an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Freiburg und Berlin. Im März 1932 meldete ich mich am Kammergericht in Berlin zum Referendarexamen, das ich am 13. Oktober 1932 bestand.

Joachim Lewinthal.